

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE CONSEIL D'ÉTAT JUGE DU FAIT

ÉTUDE SUR L'ADMINISTRATION DES JUGES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 8 Juin 1932, à 14 heures

PAR

LÉO GOLDENBERG

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

PRÉSIDENT : M. MESTRE, *professeur*

SUFFRAGANTS : M. ROLLAND, *professeur*

: M. LAFERRIÈRE, *professeur*

PARIS

LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

1932



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547506_0057

LE CONSEIL D'ÉTAT

JUGE DU FAIT

Un Etat, dont toute l'activité serait une
activité liée par la règle, est une conception
irréalisable.

GEORG JELLINEK.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE CONSEIL D'ÉTAT JUGE DU FAIT

ÉTUDE SUR L'ADMINISTRATION DES JUGES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 8 Juin 1932, à 14 heures

PAR

LÉO GOLDENBERG

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

PRÉSIDENT : M. MESTRE, *professeur*
SUFFRAGANTS : M. ROLLAND, *professeur*
: M. LAFERRIÈRE, *professeur*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1932

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



AVANT PROPOS

Deux préoccupations ont inspiré cette étude : l'une intéresse surtout la pratique : Quand le Conseil d'Etat peut-il être saisi d'une contestation de fait ? L'autre relève de la théorie juridique et politique : Quelle est la liberté que la jurisprudence actuelle laisse encore à l'Administration ?

Pour répondre à la première de ces questions, nous avons examiné, non seulement la jurisprudence du recours pour excès de pouvoir qui présentait la principale difficulté, mais encore celle du contentieux de pleine juridiction, afin de voir si ces jurisprudences n'obéissaient pas à des lois communes.

On excusera la longueur de nos citations d'arrêts ou de conclusions. Les considérations qui ont dictées les solutions adoptées importaient bien plus, pour notre étude, que ces solutions elles-mêmes. Les raisonnements du juge constituaient les faits dont nous voulions découvrir quelques lois : il a fallu souvent exposer, citer ces faits intégralement pour faire ressortir leur signification réelle.

La jurisprudence obéissant à des influences complexes, une part d'incertitude devait subsister dans l'application des principes dégagés. Pour atténuer pratiquement cet inconvénient, nous avons cité (notamment à propos du recours pour excès de pouvoir) des arrêts empruntés à de très nombreux domaines, afin que le lecteur puisse retrouver directement, pour chaque question, les précédents qui indiquent l'examen du fait pratiqué, ou le refus de procéder à cet examen. Une table analytique groupant les arrêts par matière permettra sans doute

de retrouver rapidement, sur chaque point, la solution de la jurisprudence.

Pour éclairer l'examen de la seconde question, il nous a paru intéressant de faire, à défaut d'une étude de droit positif comparé, trop complexe pour pouvoir être tentée ici, à tout le moins une recherche de doctrine comparée : cette recherche, portant sur des auteurs allemands et français devait, en étendant la connaissance des solutions proposées, permettre de mieux dégager la méthode appropriée à l'étude du problème.

Enfin nous avons voulu indiquer en terminant la notion de la fonction juridictionnelle qui répondait aux résultats de notre étude, et pour éprouver la valeur de cette conclusion, nous avons montré le secours qu'elle pouvait apporter dans quelques-unes des questions classiques du droit administratif français.

Quant à la méthode suivie, voulant dans toute cette étude parvenir aux notions les plus nettes, c'est-à-dire les plus simples, nous avons souvent eu recours à des critères juridiques dénués de toute croyance sociale. La première démarche du juriste, s'il veut pénétrer rationnellement l'objet de sa science, doit, en effet, consister à se créer des distinctions sûres, et pour y parvenir il doit user de l'analyse la plus exclusivement logique, la plus abstraite, sans avoir égard aux interprétations sociales qui paraissent les mieux acquises, en renonçant à tout jugement de valeur (1).

L'accomplissement de sa mission strictement juridique, n'est pas seul à dépendre de cette phase purement logique de sa pensée : les distinctions auxquelles il parvient ainsi sont celles qui, confrontées avec la réalité, en révèlent le mieux la signification véritable. Répartissant un droit positif dans les cadres intellectuels qu'il a tracés patiemment et logiquement, le juriste aperçoit la hardiesse de telle jurisprudence, la nouveauté de telle loi. En libérant ses concepts des accoutumances ou des controverses politiques qui ont pu les déformer, il leur

(1) Voir pour ce premier principe Kelsen (Allgem.)

permet de livrer sur les choses un point de vue nouveau : en montrant que telle solution devenue habituelle n'était pas, juridiquement, inévitable, il incite à chercher sa cause politique réelle. L'analyse juridique d'un événement le situe ainsi dans sa perspective sociale véritable et la science du droit apporte à la sociologie une aide d'autant plus sûre qu'elle a réussi à être plus rigoureuse.

Mais ce que l'analyse juridique prête à l'explication sociologique en précision et en netteté, elle le lui redemande aussitôt en intuition et en intelligence de la réalité concrète d'un droit quelconque. Par le fait même qu'une analyse stricte montre tout ce qui, dans un droit particulier, n'est pas déterminé par la nature même du droit en général, la nécessité apparaît plus forte de faire appel à d'autres disciplines pour comprendre ce droit positif. L'analyse logique n'a plus laissé subsister que des techniques juridiquement équivalentes entre lesquelles une Société a dû choisir. Il faut donner la raison de son choix.

Aucune règle juridique n'abolit toute la liberté de celui qui l'exécute. Nulle part la théorie de la création continuée n'est plus vraie que quand il s'agit de la vie juridique, que tout acte enrichit ; c'est donc à des considérations extra juridiques, politiques (1) qu'on doit demander le mécanisme de cet enrichissement perpétuel.

Il serait vain d'objecter que le juriste délaisse ainsi l'objet propre de sa science et qu'il se transforme en sociologue. Si le droit du jour est déjà plus riche que celui de la veille, vouloir s'en tenir à la seule déduction, c'est se condamner à ne pas prévoir le lendemain, c'est même renoncer à comprendre le présent, car la logique des institutions est inséparable de leur origine, comme leur intelligence de leur histoire.

(1) Il va sans dire que nous emploierons toujours ici le mot « politique » non pas dans le sens qu'il revêt lorsqu'on parle par exemple des « luttes politiques ou électorales », mais dans le sens où il désigne ce qui est social sans être juridique, ce qui est « meta-juridique ». Certains auteurs allemands emploient ce dernier mot qui a l'avantage de prévenir les équivoques. Nous avons préféré cependant garder le terme « politique » auquel les travaux de M. JÈZE ont déjà donné dans la littérature française le sens avec lequel il sera employé ici.

Se refuser à chercher l'explication sociologique équivaudrait à régler l'objet de son étude sur sa méthode, alors que c'est l'inverse qui s'impose. Après avoir analysé le droit positif avec le seul souci de la rigueur, le juriste doit à présent le reconstruire dans une volonté d'exactitude. Aucune de ces deux démarches ne laisse place à l'arbitraire puisque celui qui les entreprend doit, non pas légiférer lui-même, non pas juger et amender, mais comprendre d'abord pour pouvoir, le cas échéant, conseiller ensuite.

L'étude du pouvoir discrétionnaire commande, à notre sens, tout particulièrement l'emploi des deux procédés successifs de la méthode juridique. Celui qui l'applique doit, ici, saisir et démêler deux instants de raison : dire quand le droit s'en remet aux faits, puis montrer comment et suivant quelles influences les faits se transforment en droit.

C'est en essayant de préciser ces deux aspects de la liberté dans l'exécution, que nous avons voulu délimiter la part de cette liberté que le Conseil d'Etat laisse aujourd'hui à l'Administration.

PREMIÈRE PARTIE

EXAMEN DU FAIT
ET
POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

CHAPITRE PREMIER

LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT ET SA SIGNIFICATION

1. Le juge, chargé de résoudre un litige, voit très souvent ses moyens d'information et l'objet de son investigation limités par le droit positif. Il lui est interdit, par exemple, de fonder sa décision sur un fait dont il aurait acquis la connaissance à titre privé, dans une conversation particulière, et non en tant que magistrat, au cours de la procédure contentieuse. De même, on lui interdit dans certains cas de faire état de sa conviction intime, même acquise à l'audience, si cette conviction résulte de témoignages, là où la loi prohibe la preuve testimoniale. Il est obligé de tenir pour vraies, quelle que soit son opinion personnelle, les énonciations d'un acte authentique ou, parfois, les affirmations d'un autre tribunal : ainsi les questions d'état et de nationalité étant réservées aux tribunaux civils, l'interprétation des actes administratifs aux tribunaux administratifs, les décisions de ces juridictions sont obligatoires pour le juge de paix même s'il est persuadé de leur inexactitude.

Entre toutes les limitations ainsi apportées par la loi aux recherches du juge, celle qui, fondée sur une distinction du fait et du droit, cantonne certains tribunaux dans l'examen du second des termes ainsi opposés, mérite une attention particulière. Cette limitation frappe par sa généralité — on la retrouve dans la plupart des pays — et par son importance,

puisque c'est le plus souvent toute l'activité de la Cour Suprême qu'elle intéresse.

Elle présente encore un autre intérêt : elle permet lorsque deux autorités connaissent d'une même affaire, de ménager à chacune un pouvoir définitif, quant au fond pour l'une, quant au droit pour l'autre.

Le juriste songe donc naturellement à la distinction du fait et du droit lorsqu'il doit définir la compétence d'un tribunal. Il lui paraît ainsi naturel, à première vue, d'assimiler le Conseil d'Etat — tribunal administratif suprême — à la Cour de Cassation, tribunal judiciaire suprême. Tous deux seront juges du droit seul. Le Conseil d'Etat respectera ainsi la liberté de l'Administration, comme la Cour de Cassation respecte le pouvoir souverain des juges du fond.

2. Mais un examen plus attentif révèle certaines difficultés dans la distinction proposée.

A) N'est-elle pas tout d'abord inexacte ? L'autorité qui doit assurer le respect du droit, réprimer la violation de la loi, ne doit-elle pas nécessairement connaître les faits ? La fausse appréciation des faits n'entraîne-t-elle pas une violation de la loi ? En séparant ces deux termes, ne mutile-t-on pas d'une façon incompréhensible le rôle de la juridiction suprême ?

Si la loi ne permet la rescision d'une vente qu'en cas de lésion des $7/12^{\text{es}}$, on la viole en prononçant la rescision là où il n'y a eu, en réalité, qu'une lésion du $1/4$. Si la loi indique que la prescription extinctive n'est accomplie que trente ans après le dernier usage du droit invoqué, on viole cette loi en admettant qu'il y a eu prescription là où il s'est, en fait, écoulé moins de trente ans depuis le dernier usage du droit en cause. La violation du texte ne disparaît pas si le juge affirme, à tort, qu'il y a eu lésion des $7/12^{\text{es}}$, ou s'il nie la réalité du dernier usage du droit revendiqué, qui remontait à moins de vingt-cinq ans. Si ses constatations de fait sont inexactes le résultat est le même que s'il avait dit : la lésion du $1/4$, ou la prescription vicennale, sont suffisantes. Sa décision produit toujours l'effet que la loi a voulu interdire et viole le droit ; l'erreur de fait n'est ainsi qu'une des variétés ou, mieux encore, que l'une des causes de la violation de la loi. Tout juge chargé d'assurer l'application de la loi devrait donc connaître des faits.

C'est arbitrairement par une définition conventionnelle qu'on oppose erreur de fait et violation de la loi. Le contrôle de celle-ci comporte normalement le contrôle de celle-là.

B) Arbitraire, dans son principe, la distinction du fait et du droit apparaît comme incertaine dans son application. Pour être d'une pratique quotidienne devant la Cour de Cassation, elle n'est ni absolument précise, ni même invariable dans la jurisprudence. Il suffit de rappeler quelques exemples pour montrer la difficulté de délimiter les deux domaines qu'on tente de distinguer. (Voir sur tous ces points G. MARTY).

L'art. 1134 du Code Civil, en indiquant que les conventions forment la loi des parties, élève ces conventions à la *dignité de droit*. Il y a comme une délégation de l'aptitude à créer le droit, consentie par le législateur à l'individu ; l'acte privé, sous réserve de certaines formes ou de certaines vérifications, possède, ou obtient indirectement, la force exécutoire.

Cette aptitude de l'individu à provoquer l'effet juridique, c'est-à-dire à imposer le respect de sa volonté, idée centrale de l'ordre individualiste, n'emporte pas cependant *identification*, ni même assimilation quant au contrôle de la Cour de Cassation, entre la règle juridique posée dans un acte privé, et la règle posée dans un acte étatique : après avoir plusieurs fois modifié son avis sur cette question (1), la Cour de Cassation considère aujourd'hui les conventions comme des faits, que les juges du fond doivent en principe connaître seuls. Mais « si les termes de ces conventions sont clairs et précis, les juges ne sauraient les dénaturer » (on remarquera que ces termes laissent place à plusieurs interprétations divergentes dans un grand nombre de cas concrets).

La jurisprudence relative à l'interprétation de la loi étrangère, est plus caractéristique encore ; quel que soit le titre, auquel elle s'applique en France « *lex loci — contractus vel personae* », il paraît difficile de contester à la loi étrangère son caractère juridique. Elle bénéficie d'une délégation de la loi française et devrait lui être assimilée. La Cour de Cassation abandonne cependant cette loi aux juges du fond.

(1) M. MARTY, p. 298 et suiv. distingue trois phases dans la jurisprudence : contrôle intégral de la Cour de Cassation ; puis pouvoir souverain des juges du fond admis presque sans réserve ; enfin, contrôle limité.

Pour la loi indigène, la situation est plus surprenante encore. « Résulte-t-elle d'un texte formel rédigé, ou visé et promulgué par le législateur français », sa méconnaissance donne ouverture à cassation (1). A-t-elle été maintenue en vigueur par le législateur français, mais non transcrite par lui (car le Précis de 1883 pour la loi annamite par exemple, n'est qu'une transcription du droit indigène faite uniquement dans un but de commodité pratique), sa méconnaissance n'est pas un motif de cassation.

C) Enfin, et c'est peut être la plus irréductible de toutes les difficultés, lorsqu'il s'agit de qualifier légalement un fait (2), de dire que tel événement concret correspond bien à telle conception légale, que tel acte est une faute, au sens de l'art. 1382 du Code Civil, ou un dol au sens de l'art. 1116 du même code, l'appréciation des faits et l'interprétation de la loi sont indissolublement mêlées. Comment dire où finit l'une et où commence l'autre ? Le juge doit tout d'abord se représenter nettement la notion juridique en cause. Mais ce n'est là qu'une première démarche et la qualification d'un fait dépend non seulement de sa matérialité même, mais encore de son ambiance, des circonstances où il est survenu, de détails secondaires, accessoires qui seuls lui donnent sa signification véritable, permettent seuls, souvent, de dire à quelle catégorie légale il répond. Et puisque toute la complexité du réel intervient ici, qui peut dire dans quelle mesure la qualification concrète discutée répond à une certaine interprétation de la loi, ou à une certaine version des faits ? On se trouvera donc fréquemment en présence du dilemme suivant : ou bien ne pas contrôler la qualification et tolérer ainsi des erreurs d'interprétation du droit, ou bien vérifier cette qualification et contrôler des erreurs de faits. Le choix de la Cour de Cassation n'est pas toujours le même, tantôt elle opte pour la seconde alternative, lorsqu'il s'agit par exemple de faute, tantôt pour la première, notamment à propos de l'injure grave.

3. Ainsi, malgré un siècle de savante jurisprudence, la distinction du fait et du droit n'a pour elle ni la logique, ni la

(1) MARTY p. 139 et suiv.

(2) MARTY p. 190 et suiv.

simplicité. Qu'est-ce qui a donc pu en recommander l'adoption, expliquer le rôle qu'elle joue toujours ? Des raisons politiques, pratiques ont ici tenu la place des considérations logiques.

L'erreur de fait diffère des autres violations de la loi parce qu'elle est socialement moins grave. Moins flagrante d'abord, elle est aussi nécessairement limitée à un cas particulier, elle n'oppose pas intentionnellement le juge à *sa* loi, elle est une imperfection isolée, dont rien ne fait prévoir le renouvellement. L'erreur de droit, au contraire, a une portée générale, elle est une désobéissance de l'agent à la loi, ou tout au moins un malentendu entre eux, elle rompt l'unité, l'efficacité du droit étatique.

Dans le premier cas, c'est l'Etat qui, en la personne de son agent, se trompe ; dans le second cas, c'est l'Etat qui se dément lui-même et se disloque. L'élément méconnu est tantôt un élément contingent, celui que les parties sont venues apporter au juge, et qu'il ne retrouvera peut être plus jamais ; tantôt c'est un élément qui tient à sa fonction elle-même, qui la constitue, qui lui est nécessaire, inhérent. Ce qui oppose le droit et le fait, c'est ainsi la différence des rapports qui les unissent à la fonction juridictionnelle, rapport d'intériorité pour l'un, rapport d'extériorité pour l'autre.

Toute décision peut d'ailleurs être considérée comme la réaction d'une individualité déterminée à certains événements extérieurs : elle est ainsi le produit, d'une part des caractéristiques de cette personnalité, de son « indice de réfraction » qui individualise sa réaction au monde extérieur et signe ses actes ; d'autre part, des événements qui, indépendants de la volonté humaine, s'imposent à elle sans l'exprimer en aucune manière.

Lorsqu'il s'agit non plus d'une personne physique, mais d'une autorité publique, le second des éléments que nous venons de distinguer, est toujours constitué par les faits, mais, pour le premier élément, le droit remplit désormais le rôle que tenaient tout à l'heure les caractéristiques de la personnalité individuelle.

On conçoit donc que les législateurs aient été préoccupés de créer un contrôle du droit avant de songer à celui du fait ; qu'ils aient voulu, pour assurer le respect des lois, créer des

garanties supérieures à celles qui paraissaient suffisantes pour une saine appréciation des faits.

On s'explique de même que certaines institutions n'aient pas, à l'origine, contrôlé l'application de toutes les règles juridiques, mais seulement l'application des règles qui étaient jugées les plus importantes, dont la violation paraissait la plus grave. Le problème de l'appréciation des faits n'est apparu qu'aux termes d'une évolution qui avait déjà attribué, petit à petit, à la juridiction envisagée, la connaissance de toute erreur de droit, si minime soit-elle.

4. Historiquement d'ailleurs, c'est bien une idée politique, une volonté de discipline qui préside à la création de la Cour de Cassation ; elle n'apparaît pas aux constituants comme le premier des tribunaux, elle est « auprès du corps législatif » (résolution du 12 Août 1790), destinée à le défendre contre les rébellions des juges (1). « Le Tribunal de Cassation n'est point le juge des citoyens, mais le protecteur des lois, le surveillant et le censeur des juges, en un mot, il est placé en dehors de l'ordre judiciaire et au-dessus de lui pour le contenir dans les bornes et dans les règles où la constitution le renferme. » (Robespierre, Archives Parlementaires, tome XV, p. 670).

La création de la Cour suprême se rattache donc à toute une conception politique de la souveraineté populaire, du règne de la loi ; elle assure la suprématie de l'un des trois pouvoirs et elle n'intervient que là où cette suprématie est vraiment contestée, là où le respect de la constitution est en jeu. Il faut une violation flagrante de la loi, et c'est bien plus tard seulement que la force naturelle de l'institution en étend l'action aux cas de fausse interprétation et de fausse application de la loi.

Aujourd'hui encore, là où le lien du droit à la fonction juridictionnelle se relâche, devient moins nécessaire, là où la loi s'éloigne du juge, le contrôle de la Cour de Cassation s'estompe. La loi française a renvoyé aux lois étrangères et indigènes, aux contrats des particuliers ; tout cela est donc du droit, mais c'est du droit dérivé, moins direct pour le juge français, la loi espagnole par exemple, même naturalisée, reste une loi de seconde zone : renvoyé d'un texte à l'autre, l'impératif juri-

(1) GENY I n° 40, MARTY, p. 55 et suiv.

dique a perdu de son énergie, il vient un moment où il n'en conserve plus assez pour animer le contrôle du juge, et c'est parce qu'en cette matière tout est approximation, parce qu'il s'agit de causes extrajuridiques, que la délimitation des pouvoirs de la Cour de Cassation est si imprévue, si injustifiable à priori.

De même le Conseil d'Etat statuant par la voie du recours pour excès de pouvoir, a ajouté successivement comme cause d'annulation, à l'incompétence admise dès l'origine, la violation des formes, puis celle de la loi et des droits acquis, puis celle de la loi indépendamment de tout droit acquis. Ce n'est qu'en dernier lieu qu'il en est venu à censurer la fausse appréciation des faits. C'est là le plus tardif, parce que politiquement le moins nécessaire, des objets de son contrôle.

5. Une inspiration politique, un souci variable de cohésion étatique, président ainsi à l'institution des juridictions limitées au contrôle de l'erreur de droit. Et la distinction du fait et du droit n'apparaît plus que comme un procédé technique mis au service de cette inspiration politique, subissant son influence, et variant avec elle. Il n'y a pas une distinction logique et immuable du fait et du droit, il y a des délimitations arbitraires qui résultent de la répartition des compétences qu'on a voulu faire dans chaque cas.

Aujourd'hui encore qu'est-ce qui inspire le partage des pouvoirs entre la Cour de Cassation et les juges du fond ? A côté de survivances de la conception révolutionnaire et de la tradition qu'elle a constituée, on trouve des considérations pratiques : volonté d'éviter aux parties un troisième degré de juridiction qui, par son siège, son mode de fonctionnement, etc. etc., serait moins bien placé que les deux précédents pour juger des questions particulières au litige ; nécessité sociale d'unifier la jurisprudence nationale, notamment sur des questions aussi délicates et importantes que la notion de faute ; désir d'assurer la même unité d'interprétation pour les contrats dits d'adhésion qui intéressent beaucoup plus de personnes que les contrats traditionnels ; volonté de réagir contre la tendance des cours d'appel à motiver leurs arrêts en fait. Il y a là un parallélogramme de forces toujours variable

dont la jurisprudence de la Cour de Cassation est la diagonale mobile.

Ce n'étaient ni la survivance des idées révolutionnaires sur la généralité de la loi, et sur sa dignité particulière, ni le plus souvent l'existence de deux degrés de juridiction préalables qui pouvaient limiter le Conseil d'Etat, modeler pour lui la distinction en cause. Les autorités qu'il contrôle ne présentent pas le plus souvent les garanties d'impartialité, de compétence offertes par les tribunaux de première instance ou les cours d'appel. Inversement le désir d'unifier la jurisprudence nationale ne doit pas faire méconnaître l'irréductible diversité des cas, qui exige pour l'Administration une certaine liberté d'action. Alors que devant la Cour de Cassation il s'agit de délimiter les pouvoirs de deux autorités, juridictionnelles l'une et l'autre, de deux juges, il s'agit le plus souvent, devant le Conseil d'Etat de faire la part du juge, en face de l'Administration.

Les motifs de la distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation ne se retrouvent pas devant le Conseil d'Etat, d'où il suit que cette distinction ne saurait être transportée telle qu'elle de l'une des juridictions à l'autre, parce qu'elle ne saurait avoir ici et là le même sens (1).

6. Ce qui limite les pouvoirs du Conseil d'Etat du côté de l'appréciation des faits c'est une considération négligeable devant les tribunaux judiciaires, essentielle au contraire en droit administratif : celle du pouvoir discrétionnaire laissé, par la loi, à l'autorité exécutive, et de sa répartition entre les différents organes de cette autorité.

Devant les tribunaux judiciaires, la question du pouvoir discrétionnaire et de sa répartition n'a pas l'importance poli-

(1) Nous envisageons ici la situation normale du Contentieux administratif : celle où les actes déférés au Conseil d'Etat émanent d'administrateurs actifs et non de juridictions inférieures spéciales. Dans ces derniers cas, rares jusqu'à la guerre, la voie de recours ouverte est celle que depuis LAFERRIÈRE on appelle « recours en cassation » et qui met en jeu une distinction du fait et du droit analogue à celle des tribunaux judiciaires. Mais c'est par ce que, exceptionnellement en droit administratif et dans le contentieux de l'annulation, deux juges sont seuls ici en présence : la similitude avec le contentieux judiciaire qu'on trouve dans ce cas particulier ne saurait masquer la différence normale.

tique suffisante pour commander la distinction du fait et du droit. Très restreint par les lois de droit privé qui s'efforcent de donner les définitions les plus précises des faits auxquels doivent être attachées certaines conséquences, de lier le plus possible la compétence des agents, le pouvoir discrétionnaire est généralement considéré non comme l'élément essentiel de l'Administration, mais comme le mal inévitable de la justice. Il s'agit non seulement d'en répartir l'étendue, mais encore et surtout de réduire celle-ci. L'obligation faite aux tribunaux de motiver leurs décisions fournit très souvent le moyen d'opérer cette réduction. Si la loi présente une lacune, le juge doit formuler la règle générale suivant laquelle il usera de son pouvoir discrétionnaire (il ne fera d'ailleurs fréquemment qu'appliquer le principe : Tout ce qui n'est pas défendu est permis). La généralité du motif jurisprudentiel met alors en lumière son caractère juridique, l'apparente au droit préexistant et le fait naturellement tomber sous le contrôle de la juridiction suprême ; celle-ci ne pourrait autrement assurer l'unité de création des nouvelles règles de droit : réaliser l'unité de la jurisprudence, n'est-ce pas, en effet, substituer la règle jurisprudentielle de la Cour de Cassation aux règles particulières de toutes les cours d'appel ?

Là où au contraire le motif du juge a un caractère essentiellement particulier à une espèce déterminée, vise les faits de la cause, l'utilité d'une intervention de la Cour de Cassation disparaît : la juridiction suprême est nécessairement moins bien placée, nous l'avons dit, que les juridictions de premier ou de second degré plus proches des faits, désintéressés dans le litige, présentant des garanties suffisantes d'objectivité et de compétence.

Les conditions dans lesquelles opèrent les diverses juridictions judiciaires, et la portée de leurs décisions interviennent ainsi pour imposer la distinction du particulier et du général, en sorte que le pouvoir discrétionnaire, s'il existe, ne commande pas la distinction du fait et du droit puisqu'il est au contraire lui-même traité différemment suivant qu'il se rapporte davantage au fait ou au droit.

Il en est tout autrement en droit public : il ne saurait y être question de restreindre sans cesse le pouvoir discrétionnaire dès son apparition ; les lois laissent aux autorités exé-

cutives des libertés, dont la répartition est l'un des problèmes essentiels de la science politique ; et c'est bien dans l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, généralement attribué à l'Administration, que peut se rencontrer le véritable obstacle à l'examen juridictionnel des faits.

A) Celui-ci est admis sans difficulté lorsque la loi supprime ou réduit à presque rien la liberté de l'agent, établit par exemple une proportion exacte entre la population d'une ville et le montant d'une indemnité de résidence perçue par ses fonctionnaires ; il n'y a alors aucune raison d'interdire au juge une appréciation des faits, un calcul de population, dont l'exactitude conditionne le respect de la loi ; l'examen du juge, commandé par la logique, présente l'avantage de l'impartialité ; il y a tout intérêt à substituer un juge à un administrateur et on ne peut parler d'empiétement sur la liberté de l'Administration qui, par hypothèse, est, sinon nulle, du moins minime.

B) La situation change lorsque la règle de droit confère à l'autorité exécutive une liberté illimitée, lui donne par exemple compétence pour accomplir une certaine catégorie d'actes sans préciser les conditions dans lesquelles ces actes pourront ou devront être accomplis ; seule l'autorité qui a l'usage de la liberté ainsi laissée, aura intérêt à apprécier les faits. Si la loi permet d'expulser un étranger dans tous les cas, et si, par conséquent, l'expulsion d'un agitateur politique est légale de la même manière que celle d'un commerçant failli, il n'y a aucun intérêt à ce que l'autorité uniquement chargée d'assurer le respect de la loi, recherche si tel étranger particulier qui a été expulsé, était un commerçant ou un homme politique. Le juge n'échappe donc pas à cette alternative, ou bien il s'abstiendra d'une appréciation des faits qui ne présente aucun intérêt pratique, ou bien il ne la fera que là où il aura décidé de ne plus tolérer, par exemple, l'expulsion d'une certaine catégorie d'étrangers, c'est-à-dire là où il aura enlevé à l'Administration une part de la liberté que lui laissait la loi.

C) Dans ces cas, l'absence ou la présence d'un pouvoir discrétionnaire paraissent évidentes au premier abord, mais il est d'autres cas où le législateur employant des termes imprécis, on peut se demander si la loi a entendu laisser une

certaine liberté à l'autorité exécutive, et dans l'affirmative, quelles en sont les limites. Plusieurs interprétations des exigences de « l'ordre public » sont ainsi concevables. A partir de quel moment le choix entre elles cesse-t-il d'être une question d'application de la loi ?

Le juge appelé à statuer sur un arrêté municipal interdisant un cortège, devra, avant de rechercher si l'Administration n'a pas exagéré les inconvénients de ce cortège, savoir quels sont, en général, les inconvénients incompatibles avec le maintien de l'ordre public. Avant d'ajouter à cette dernière notion des précisions qu'elle n'a pas elle-même, il devra décider s'il entend user de la liberté laissée par cette imprécision, ou en abandonner l'exercice à l'Administration. Tant qu'il n'aura pas résolu ces questions, il ne pourra savoir quels sont les inconvénients qu'il doit considérer comme incompatibles avec le maintien de l'ordre public, c'est-à-dire comme susceptibles de légitimer l'intervention du Maire, et il n'y aura donc aucun intérêt à ce qu'il recherche quels étaient les inconvénients *effectivement* présentés par le cortège prohibé, dans l'espèce qui lui est soumise.

L'examen juridictionnel du fait apparaît ici encore comme conditionné. Avant d'y procéder le juge doit nécessairement se demander : a) si la loi a laissé une liberté quelconque à l'autorité administrative, et dans l'affirmative ; b) s'il entend user de cette liberté ou au contraire la laisser à d'autres.

La question du pouvoir discrétionnaire de l'Administration commande donc toujours celle de l'examen du fait. C'est par l'exclusion du second que se manifeste le respect du premier par le juge. L'incompétence du Conseil d'Etat, pour apprécier les faits, est, dans la plupart des cas, une limite imposée au juge par le respect du pouvoir discrétionnaire de l'Administration, c'est, pour cette dernière, une clause de sauvegarde.

7. Elle présente une importance politique capitale. En effet dans l'état actuel du droit public français, c'est désormais la principale des limitations assurant, à l'Administration, par rapport au Conseil d'Etat, une indépendance réelle, une sphère réservée.

La compétence juridictionnelle qui, jadis, était l'exception

est devenue aujourd'hui la règle ; il s'est produit un déplacement de pouvoir très net. Alors que jusqu'au xx^e siècle, on n'avait songé qu'à fonder le contentieux administratif, et à l'analyser comme une exception à « l'administration pure », phénomène normal, et comme tel, inommé, on voit après 1905, des auteurs s'efforcer d'analyser cette fois le domaine de l'Administration, de donner à ses pouvoirs un fondement logique dont l'utilité ne pouvait même pas être ressentie jusque là, de montrer ce qui les met à l'abri du contrôle juridictionnel.

« Etude juridique de l'arbitraire administratif » CRUET 1909. « Les limites des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes administratifs » GRACH 1912 ; « Etude sur le pouvoir discrétionnaire », MICHOUX 1913 ; ces titres, qui auraient sans doute paru bien surprenants, aux juristes de la première moitié du xix^e siècle, rapprochés de leurs dates, révèlent le renversement des rôles qui s'accomplit (1).

La jurisprudence du Conseil d'Etat a, en effet, successivement fait tomber depuis 70 ans, la plupart des barrières qui arrêtaient l'intervention du juge, assurait si souvent à l'Administration le privilège du dernier mot.

A) Depuis longtemps déjà le domaine d'application du recours pour excès de pouvoir et le nombre de ses ouvertures se sont accrus. La violation de la loi et le détournement de pouvoir ont pu être invoqués sous le second Empire. Les règlements d'administration publique et les actes discrétionnaires n'échappent désormais plus au recours contentieux.

B) Si l'on se reporte d'autre part à la liste classique des limites apportées aux pouvoirs des tribunaux administratifs on constate que plusieurs de celles qui survivent encore n'ont guère d'importance pratique, politique. La jurisprudence toujours contestée et toujours maintenue des actes de Gouvernement (2) s'est restreinte dans son application ; marquant sans cesse de nouveaux reculs, elle ne soustrait plus au con-

(1) En 1912 M. GRACH croit que la puissance du Conseil d'Etat atteint son apogée, que la nature des choses condamnerait de nouvelles immixtions des juges dans l'Administration (p. 10 et 150). Nous verrons que celles-ci se sont multipliées cependant depuis.

(2) Voir sur cette question A. GROS, *Survivance de la Raison d'Etat* 1932.

trôle juridictionnel que des actes rares, relatifs à des circonstances exceptionnelles qui n'intéressent pas la vie courante des citoyens, la marche normale des services. L'acte de gouvernement, son nom même l'indique, n'est pas celui de l'Administration, et ne saurait lui apporter beaucoup de liberté.

C) Si le domaine du contentieux peut ainsi, en droit, s'étendre à presque tous les actes administratifs, la technique même du recours pour excès de pouvoir permet, en fait, aux administrés de créer, à propos de toute question, un véritable droit d'évocation pour le Conseil d'Etat. C'est la conséquence de la loi du 17 juillet 1900 qui assimile le silence de quatre mois à une décision de rejet. On peut donc dire qu'il est aujourd'hui impossible de « classer une affaire », que le Conseil d'Etat est saisi de toutes prétentions qu'il plaît à un administré de lui soumettre, que l'Administration ne peut jamais fuir son juge.

Elle ne pourrait même pas y parvenir en s'abritant derrière une décision qu'elle aurait déjà rendue autrefois et sur le même objet, mais en d'autres circonstances. Il résulte d'un arrêt du 10 Janvier 1930 (Despujol) qu'un particulier peut demander à l'Administration de revenir sur sa décision antérieure, toutes les fois qu'il s'est produit un fait nouveau depuis le prononcé de cette décision ; le refus implicite ou explicite opposé au recours gracieux ainsi formé, constitue alors une nouvelle décision susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat. Il peut donc y avoir un débat contentieux, non seulement sur toute prétention d'un administré, mais encore sur toute situation que l'administré peut successivement songer à invoquer à l'appui de cette prétention.

D) Par ailleurs, dans le contentieux de l'annulation, les pouvoirs du juge suppriment, pour les questions qu'il examine, l'indépendance des administrateurs dont la décision peut être *détruite*.

L'Administration conserve, il est vrai, le bénéfice redoutable du préalable. D'une part c'est au requérant qu'incombe la charge de la preuve lorsqu'il veut établir l'illégitimité d'une décision, et c'est là pour l'autorité dont émane l'acte attaqué, un avantage réel, plus psychologique que juridique d'ailleurs, étant donné le caractère inquisitorial de la procédure administrative.

D'autre part, le recours pour excès de pouvoir n'étant pas suspensif, les lenteurs de la procédure et l'encombrement du Conseil d'Etat permettent à une décision illégale de s'appliquer pendant deux ou trois ans ; c'est là un avantage indéniable pour l'Administration, surtout si l'on songe que certaines décisions produisent tous leurs effets en quelques heures. En annulant le refus opposé par un maire à la demande de sortie sur la voie publique d'une société sportive, on ne ressuscite pas la manifestation qui aurait dû avoir lieu deux ans auparavant. La satisfaction obtenue par le requérant correspond ici au « franc de dommages-intérêts » de la partie civile, c'est le *pretium doloris*, ou plutôt le *pretium injuriæ*.

Par contre, toutes les fois qu'il s'agit d'un acte à effet permanent, la décision d'annulation constitue pour la volonté administrative un échec tardif, mais certain.

E) Les autorités administratives disposent encore souvent, vis-à-vis des citoyens, d'une force latente d'intimidation, telle que le particulier hésite à former un recours contentieux, à exposer des frais, à engager la lutte avec l'Administration.

Cette considération a beaucoup perdu de sa force depuis que le recours pour excès de pouvoir est devenu quasi gratuit et qu'on a vu se former des syndicats professionnels, de fonctionnaires, de contribuables, de propriétaires. Plus indépendants, et plus riches que le simple citoyen, assistés de conseils juridiques, ces groupements n'hésitent pas à former un recours pour excès de pouvoir : ils font valoir l'intégralité de leurs droits et ne donnent guère prise à l'intimidation : celle-ci ne sauvegarde donc plus les pouvoirs administratifs, dans un régime de démocratie associationniste.

F) Il faut rapprocher du rôle joué ici par les associations, l'élargissement continu des conditions de recevabilité ; la fin de non recevoir tirée du recours parallèle n'est plus opposée dans bien des cas où un recours distinct du recours pour excès de pouvoir n'en est pas l'équivalent pratique, c'est à dire partout où l'existence de cette fin de non recevoir serait susceptible de limiter la puissance du Conseil d'Etat.

Quant à la notion d'intérêt substituée depuis le début du *xx^e* siècle, à celle de droit acquis, intérêt entendu aujourd'hui largement avec le recours du contribuable, du fidèle, du col-

lègue d'un nouveau fonctionnaire, etc... on peut dire que si elle n'a pas complètement assimilé le recours pour excès de pouvoir à une action populaire, elle ne laisse plus guère subsister d'actes administratifs que plusieurs personnes au moins ne soient recevables à critiquer.

G) Les arrêts du Conseil d'Etat ne sont pas susceptibles d'exécution forcée, et il y a là un problème de technique juridique qui a beaucoup préoccupé les publicistes. Mais il faut bien avouer que son intérêt pratique est assez mince, qu'en fait l'Administration s'incline presque toujours sans résistance devant les décisions de la Haute Juridiction et que, politiquement, il lui serait très difficile de faire autrement. Quelques exceptions regrettables méritent assurément une étude des procédés techniques susceptibles d'en prévenir le retour. Mais on ne saurait prétendre que de nos jours, un grand problème politique, celui de la liberté administrative, est résolu par l'impunité pratique des illégalités éventuelles : si l'on confronte la liste des cas de résistance, relevés par la doctrine avec la masse des arrêts rendus, on constate que la question ne présente guère qu'un intérêt de curiosité juridique.

H) Sans doute les pouvoirs du Conseil d'Etat vis à vis des décisions qui lui sont déférées, ne comportent pas le plus souvent le pouvoir de réformation. Comme le monarque de « *l'Esprit des lois* » il n'a généralement que la « faculté d'empêcher ». Mais l'expérience constitutionnelle a démontré que cette faculté d'empêcher, même pour un temps déterminé, était si redoutable que pour conserver toute la réalité de sa puissance, l'autorité empêchée devait abolir, par la révolution ou la désuétude, le Veto royal. Le Conseil d'Etat en a conservé l'équivalent, qui est définitif et d'une pratique courante. N'est-ce pas là le pouvoir du dernier mot ? Pratiquement obligée d'agir, et ne pouvant le faire contre la volonté du Conseil d'Etat, l'Administration sera bien contrainte de se conformer à cette volonté.

Du reste la jurisprudence tend souvent à rapprocher l'annulation d'une réformation en deux temps. Le Conseil d'Etat, dans ses motifs, indique de plus en plus fréquemment ce que l'Administration pouvait faire, ce qu'il lui appartenait de faire (voir par exemple chapitre IX, à propos des perspectives ar-

tistiques et de la liberté du commerce et de l'industrie). Il donne une véritable consultation et lorsque cette consultation est suivie d'un renvoi devant l'Administration pour « faire ce que de droit », elle équivaut pratiquement, étant donné l'autorité du Conseil d'Etat, à un ordre.

8. A tous ces moyens d'action du juge vis-à-vis l'Administration, peut-on opposer des moyens d'action de l'Administration vis à vis du juge ?

Les créateurs de notre droit administratif l'avaient cru et l'avaient voulu. Ils fondaient l'incompétence des tribunaux judiciaires pour les litiges administratifs, sur le danger de donner à ces procès des magistrats inamovibles pour juges ; ils voyaient dans l'amovibilité des Conseillers d'Etat, le contre-poids salutaire des pouvoirs excessifs qu'ils pourraient être tentés de s'arroger (voir ci-dessous chap. XIV). On sait qu'aujourd'hui cette amovibilité est parfaitement fictive, que l'histoire de la III^e République n'offre pas d'exemple de sanctions disciplinaires contre un membre du Conseil d'Etat, que ceux-ci sont sans doute les plus indépendants de tous les magistrats. Il serait certainement plus facile à un Gouvernement de faire voter par les Chambres des lois qui, consacrant ses desseins, soustrairaient ceux-ci à tout recours contentieux (dans l'état actuel de notre droit positif) que de briser la tradition d'indépendance du Conseil d'Etat, en révoquant par exemple ceux de ses membres qui auraient annulé, pour excès de pouvoir, les décisions administratives traduisant les desseins ministériels. Il est donc vain d'asseoir une indépendance de fait de l'Administration vis à vis du Conseil d'Etat, sur des pouvoirs depuis longtemps abolis. L'Administration n'ayant aucune action sur ses juges ne peut pas tracer, même indirectement, les limites de leurs pouvoirs.

9. Quant à la liberté d'abstention, à la faculté pour l'Administration de ne pas user de ses pouvoirs légaux, ce ne sont point des conséquences inévitables de la technique des recours offerts à l'administré : d'une part l'action en responsabilité peut se fonder sur une abstention fautive de l'Etat ; d'autre part, on conçoit très bien un recours pour excès de pouvoir formé contre le refus implicite ou explicite de prendre

une décision proposée, suggérée d'abord par le requérant à l'autorité compétente.

Et effectivement dans les cas où la loi oblige l'Administration à agir, à délivrer par exemple l'alignement individuel sollicité, ou à approuver les statuts des sociétés de secours mutuels, l'intéressé peut obtenir au contentieux l'annulation de l'abstention administrative qu'on assimile à un refus implicite : il peut pratiquement forcer l'Administration à agir. Si, dans d'autres cas, son recours échoue devant le silence des textes, la liberté d'inertie que conserve alors l'Administration n'est qu'un des aspects du pouvoir discrétionnaire, égal ici à la différence qui existe entre la faculté et l'obligation, la première seule ayant été prévue par la loi.

Le pouvoir discrétionnaire des autorités exécutives, est donc en définitive, la seule notion susceptible de ménager à l'Administration une sphère réservée importante, par rapport aux tribunaux administratifs.

L'examen du fait par le Conseil d'Etat, solidaire de la répartition du pouvoir discrétionnaire, nous apparaîtra donc, très souvent, non seulement comme une question de procédure, mais encore comme un problème d'équilibre des pouvoirs.

Mais avant de reconnaître comment l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'Administration limite l'investigation juridictionnelle, il importe d'analyser clairement la notion qui commande ainsi notre étude.

CHAPITRE II

LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DES AUTORITÉS EXÉCUTIVES

10. « Il y a pouvoir discrétionnaire, écrivait MICHOD, (1914, tome III, p. 3) toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit. » Le « pouvoir discrétionnaire » est donc une notion essentiellement négative, c'est le pouvoir qui n'est pas déterminé par le droit.

Il se retrouve nécessairement dans toute compétence administrative, quelque liée qu'elle ait pu être par le droit préexistant : le pouvoir discrétionnaire n'est sous sa forme la plus humble que l'inéluctable résidu du réel par rapport à la prévision humaine.

Par delà les catégories intellectuelles les plus savantes, il subsiste toujours une frange de réel qui résiste à l'analyse. Celle-ci reculera sans doute encore les limites du champ exploré, elle ne parviendra pas à y faire rentrer toute la réalité. La courbe de nos concepts, pour employer une comparaison mathématique, n'est jamais qu'assymptote au monde extérieur ; elle s'en rapproche sans cesse sans jamais se confondre avec lui.

Il en est ainsi, à plus forte raison pour la règle de droit. Si minutieuse qu'elle puisse être, comment épuiserait-elle une réalité sur laquelle elle anticipe, puisqu'elle réglemente l'avenir bien plus qu'elle n'étudie le présent ? Elle ne peut envisager toute la complexité des situations qui se présenteront, ni même décrire complètement celui de leurs aspects auquel

elle attache des conséquences déterminées : le législateur qui voudrait supprimer tout pouvoir discrétionnaire devrait avoir réussi à tout prévoir.

Quelque restreint que soit le rôle de l'autorité exécutive, il lui reste toujours le pouvoir, c'est-à-dire souvent la liberté, de qualifier le fait constaté qui ne coïncide pas parfaitement avec la situation prévue au texte légal. Les modalités de son intervention ne sont pas le plus souvent complètement déterminées par la loi : il y a l'autorisation conditionnelle, le refus provisoire, etc... Enfin l'autorité saisie à toujours, dans une certaine mesure, pour la décision qu'elle va prendre, le choix de l'heure.

11. Sa liberté est généralement plus considérable encore.

A la fin du XIX^e siècle, la doctrine découvrait ce qu'avait été, en droit privé, le rôle créateur de la jurisprudence : bien souvent, en prétendant interpréter la volonté du législateur, elle lui avait prêté celle des tribunaux. En analysant les méthodes d'interprétation en droit privé, M. GENY montrait que le législateur n'avait pu tout prévoir, même implicitement, que de nouveaux problèmes étaient nés, à la solution desquels la loi primitive apportait des indications souvent contradictoires ; les controverses doctrinales, les revirements de jurisprudence prouvent qu'il y a une sorte de législation secondaire dans les décisions où on ne voyait jadis qu'une interprétation fidèle : les auteurs du Code Civil croyaient par exemple avoir épuisé la question de la stipulation pour autrui : le développement des contrats d'assurances a montré que les entraves apportées par les textes en cette matière n'écartaient pas toute liberté pour le juge.

Si ces conclusions se sont imposées en droit privé, combien plus grande encore est leur évidence en droit administratif ?

Ici ce n'est pas seulement à leur insu que les textes rares et laconiques laissent subsister une marge toujours très réelle de pouvoir discrétionnaire. C'est, le plus souvent, volontairement que le législateur laisse les mains libres à l'autorité exécutive parce qu'il estime qu'en raison de telle ou telle circonstance, cette autorité sera le meilleur juge de l'opportunité de son intervention.

a) Tel est tout d'abord le cas des lois qui se bornent à indiquer qu'une autorité déterminée *peut* (et non pas : *doit*) dans certaines conditions, prendre certaine décision (par exemple nommer fonctionnaire un individu remplissant les conditions légales).

b) Parfois la règle de droit ne pose pas d'autre restriction à l'action administrative que celle résultant de formalités à remplir (art. 65 de la loi de 1905 sur la communication du dossier, pour la révocation des fonctionnaires, formalités d'enquêtes préalables pour certains travaux). Obligée d'accomplir ces formalités, l'autorité en cause reste libre d'agir ensuite à sa guise.

c) Plus brève encore, la loi se borne parfois à affirmer la compétence de l'autorité administrative sans la délimiter, dans aucun sens : le conseil général (art. 46 de la loi du 10 Août 1871) statue ainsi définitivement sur les baux passés par le département « qu'elle qu'en soit la durée ». Aucune condition de forme ou de fond n'est posée ici. Tout à l'heure envahissante, la règle de droit s'efface presque à présent.

12. Mais de même que le pouvoir discrétionnaire n'était jamais absorbé par la règle de droit, celle-ci ne peut jamais disparaître complètement devant la liberté de l'agent. En effet, si aucune règle de droit n'avait institué la compétence administrative, celle-ci cesserait d'être un pouvoir juridique pour devenir un pouvoir de fait illégal ou tout au moins indifférent au droit. L'acte d'une autorité quelconque ne peut être imputé à l'Etat qu'autant qu'une règle de droit antérieure l'a prévue dans une mesure quelconque, si minime soit-elle.

Si aucune règle de droit n'autorisait le Président de la République à déclarer la guerre, le Ministre de l'Intérieur à expulser un étranger; le Préfet à approuver les délibérations du conseil municipal, les actes correspondants, accomplis par ces autorités, seraient des actes faits par des personnes incompétentes. Ils seraient nuls en tant qu'actes d'autorités publiques, inopposables aux tiers en vertu de l'art. 1134 du Code Civil, en tant qu'actes privés.

Les agents exécutifs tendent ainsi vers une liberté qui n'est jamais totale, car en devenant telle elle leur enlèverait leur qualité d'autorités publiques.

On objecterait en vain que prévoir une compétence n'est pas la restreindre : que la loi peut l'instituer en lui donnant une extension maxima, illimitée. Dans l'Etat moderne, où les pouvoirs constitués sont dans des rapports d'interdépendance mutuelle, désigner une autorité pour l'exercice d'une compétence quelconque, c'est dire que cet exercice sera soumis aux contrôles, aux procédures, aux restrictions qui accompagnent toute l'activité de cette autorité : en indiquant que le Président de la République nomme à tous les emplois civils et militaires, la Constitution de 1875 indique implicitement que cette nomination est soumise au contreseing, peut engager la responsabilité ministérielle, etc..

De même les fonctions administratives étant réparties entre de nombreux agents, le pouvoir discrétionnaire de chacun d'eux doit respecter la compétence de tous les autres, qui le limitent. Les municipalités ont pour la création ou la suppression des emplois communaux, un pouvoir discrétionnaire que la loi de 1884 ne limite pas : mais elles doivent respecter la compétence exclusive du Préfet pour les révocations : la notion de révocation déguisée vient ici limiter celle de suppression d'emploi.

13. On a parfois voulu aller plus loin encore, et on a soutenu qu'il n'y avait jamais de pouvoir discrétionnaire, que la liberté de l'Administration n'était qu'une apparence : le fonctionnaire d'un Etat moderne, a-t-on dit, n'a jamais un pouvoir arbitraire. Il ne peut agir que pour le bien général et il est toujours tenu d'agir pour lui : il n'est pas dans la situation du promeneur qui cueille des fleurs en les choisissant au gré de son caprice : il doit constamment obéir à l'intérêt du service. Or, à un moment déterminé, il n'y a qu'une seule solution qui soit la meilleure par rapport à cet intérêt. L'Administration est toujours tenue de l'adopter, il n'y a donc pour elle aucune liberté.

Indépendamment de la confiance un peu naïve en la simplicité et en l'évidence de l'intérêt public, dont cette argumentation témoigne, elle pêche par une confusion certaine des notions en présence. Si le pouvoir discrétionnaire est celui d'une autorité dont la conduite n'est pas dictée d'avance par une règle de droit, pour reprendre la définition de MICHOUX, il est contradictoire de

vouloir opposer juridiquement — c'est à dire au point de vue de la règle de droit — pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire, puisque pour l'un et l'autre, la règle de droit est par hypothèse muette. On peut établir une hiérarchie morale, politique certaine ; il n'y a, par définition, aucune différence juridique possible. Entre un Roi félon et le « bon prince » des légendes populaires, pas de différence juridique si l'un et l'autre sont des souverains absolus : au regard du *droit* monarchique, la Saint Barthélemy n'est pas moins correcte que l'Edit de Nantes. C'est sur des considérations extra juridiques que nous fondons la différence de nos jugements de valeur.

La négation de tout pouvoir discrétionnaire au nom des exigences de l'intérêt général confond donc le point de vue métaphysique, psychologique, avec le point de vue juridique. On affirme que l'agent est psychologiquement déterminé par une certaine série de causes ; on lui dénie la liberté dont discutent les philosophes ; et on prétend en déduire ensuite qu'il est juridiquement obligé.

En restant fidèle à ce raisonnement on devra conclure que le système juridique de l'autonomie de la volonté consacré par presque tous les codes modernes, est inadmissible pour une philosophie déterministe : on prêterait à la négation spinoziste du libre arbitre des conséquences défavorables à la liberté de contracter. Cette conclusion absurde provient de ce qu'on oublie que tout déterminisme n'est pas nécessairement juridique, qu'il n'est tel que là où il est le déterminisme d'une règle de droit. Peu importe que les hommes soient les esclaves de leurs passions ou de leurs intérêts sagement entendus, s'ils ne sont plus les esclaves de la loi : c'est cette dernière servitude seule qu'exclut le principe juridique de l'autonomie de la volonté.

De même ici, peu importe que le fonctionnaire soit le serviteur de l'intérêt général. Les exigences de celui-ci sont appréciées par l'agent compétent lui-même, la loi lui laisse le soin de définir et de peser cet intérêt dans chaque espèce. Son appréciation est donc souveraine ; même fausse elle s'impose à tous. L'intérêt général est celui que l'agent estime tel. Et son erreur même en la supposant établie, n'est pas une illégalité. Le pouvoir arbitraire n'est qu'une des *variétés politiques*, la plus mauvaise de toutes évidemment, du pouvoir dis-

crétionnaire. Il n'y a pas, entre eux, de différences juridiques.

14. Les raisons sur lesquelles nous venons d'insister pour établir l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, permettent d'en apprécier toute l'étendue ; s'il y a pouvoir discrétionnaire partout où la règle de droit laisse une liberté à l'autorité exécutive, il faut rapprocher des cas où la loi ne donne à peu près aucune indication, ceux où elle donne des indications qui peuvent être interprétées de plusieurs manières différentes. C'est ce qui se produit toutes les fois que la loi se sert d'un terme vague sur la portée duquel l'accord n'est pas fait, ou encore, lorsqu'on doit choisir entre plusieurs constructions différentes pour concilier les textes et les principes juridiques en présence.

En examinant les « méthodes d'interprétation en droit privé » M. GENY a réfuté l'opinion régnante pendant tout le XIX^e siècle, qui faisait du juge l'interprète passif de la loi, retrouvant, grâce aux subtilités de l'analyse logique, la pensée véritable du législateur. La critique de M. GENY a définitivement établi ce qu'avait de fictif ce prétendu « diagnostic d'une volonté exprimée dans la formule légale. » Une opération aussi courante que l'interprétation *a contrario*, ou par analogie, suppose un jugement extra juridique sur le caractère normal ou exceptionnel de l'institution juridique envisagée. L'idée d'une loi ayant tout prévu, pouvant suffire à tout, n'est qu'un mythe, et la déduction ne peut ajouter quelque chose à cette loi nécessairement insuffisante, que si on commence par mettre, dans les prémisses de cette déduction, des considérations extra juridiques.

La formule célèbre « Par le Code civil, mais au-delà du Code civil » indique que le juge doit dépasser le droit pré-existant et lui ajouter quelque chose : or, par définition, lorsqu'il ajoute quelque chose à la règle de droit, son activité ne lui est pas « dictée par cette règle de droit » — et dès lors, pour reprendre la définition de MICHAUD, elle est un pouvoir discrétionnaire.

On n'échappe pas à l'alternative suivante : ou bien tout est dans la loi — le juge ne fait que retrouver la pensée du législateur — et alors l'école de l'exégèse avait raison, il faut aussi, suivant le mot de Robespierre « proscrire jusqu'au nom

même de jurisprudence » ; ou bien, il faut dire que cette théorie ne résiste pas à une étude attentive des faits, et qu'il y a dans la jurisprudence plus que ce qu'il y a dans la loi ; ce qui n'est pas l'application de la loi ne peut alors être que du pouvoir discrétionnaire ; la soi-disant « interprétation » de la loi est très souvent l'usage d'un pouvoir discrétionnaire.

On n'affaiblit pas cette affirmation en prétendant qu'il n'y a pas d'arbitraire du juge, que la nouvelle méthode d'interprétation assujettit les tribunaux à une discipline aussi stricte que l'ancienne. Ici encore il ne s'agit pas de savoir si le juge obéit à un déterminisme social, moral, ou psychologique profond — il s'agit uniquement de savoir s'il obéit à un déterminisme juridique : la négative est évidente, puisqu'on lui demande d'aller au-delà du droit existant, et c'est l'originalité de la nouvelle méthode de substituer à un déterminisme juridique fictif, un déterminisme sociologique avoué partout où il y a création et non application du droit.

Ce n'est évidemment pas par hasard que la jurisprudence a élargi la responsabilité de l'article 1384 du Code Civil, où, déjà avant la loi de 1913, les pouvoirs des assemblées extraordinaires d'actionnaires : elle obéissait à des raisons économiques profondes, et elle s'est finalement fixée avec une uniformité qui donnait peut être autant de sécurité pratique aux parties que n'auraient pu le faire des textes légaux. Mais ce sont des raisons extra-juridiques qui ont commandé cette évolution, elle n'a pas été dictée par une vision plus exacte de la loi ; on devrait sans cela admettre qu'il a fallu cent trente ans à la Cour de Cassation pour comprendre l'article 1384, et qu'elle y réussit d'autant mieux que ses membres ont, par l'effet du temps, une formation d'esprit plus différente de celle des auteurs du Code Civil, dont ils étudient les intentions. Les revirements de jurisprudence ne sont donc pas, ici, autre chose que des usages différents d'un pouvoir discrétionnaire dont ils attestent la réalité.

Objectera-t-on qu'une semblable théorie étend indéfiniment le domaine du pouvoir discrétionnaire, se condamne à le voir partout, que toute contestation sérieuse investit, dans ce cas, le juge d'un certain pouvoir discrétionnaire ? Il est vrai, mais ce sont là des conséquences normales si l'on songe

qu'il est toujours très difficile de dire à partir de quel moment précis la réalité commence à déborder vraiment la prévision légale ; s'il y a du pouvoir discrétionnaire dans tout acte dit d'exécution de la loi (voir ci-dessus p. 29) il ne peut y avoir à cet égard, entre divers actes, que des différences de plus ou de moins — de quantité et non de nature, ce qui explique l'impossibilité de séparations nettes.

Il suffit du reste d'interroger un praticien qui a l'habitude de voir des interprétations divergentes s'affronter devant les tribunaux : il avouera le nombre de décisions impossibles à prévoir avec certitude, à l'avance, il dira aussi, et surtout, qu'entre deux « interprétations » également plausibles du droit existant, ce sont des conceptions morales, sociales, des considérations d'équité qui décident tous les tribunaux, y compris la Cour de Cassation.

15. Il n'y a notamment pas de déterminisme juridique toutes les fois que la loi se sert de termes sur le sens desquels les opinions sont très partagées, même pour le langage courant (ordre public par exemple). En effet, si la poursuite de *l'intérêt général* — sous entendue dans toutes les lois de droit public — laisse cependant place, comme nous l'avons montré, à un pouvoir discrétionnaire qui consiste dans le choix entre les différentes interprétations, juridiquement possibles, des exigences de cet intérêt général — la situation ne saurait changer du fait que l'intérêt général au lieu d'être sous-entendu dans la loi, y est expressément mentionnée — ou encore du fait que la loi parle non plus d'intérêt général, mais d'*ordre public*, ou d'*utilité publique*, ces deux derniers concepts étant à peine moins imprécis que le précédent. Dans tous ces cas, la loi ne donne qu'une indication qui exclut quelques-uns des points de vue auxquels un agent, parfaitement intègre, serait tenté de se placer, mais qui en laisse subsister une infinité d'autres entre lesquels cet agent conserve sa liberté de choix.

La loi nous apparaît ici sous un aspect singulièrement plus humble, mais peut être plus efficace que celui que découvrait, dans le « *Contrat Social* », la mystique de la volonté générale. Ce n'est plus le commandement absolu, annihilant la volonté de l'exécutant, laissant seulement place à une obéissance passive, instituant une rigidité souvent désastreuse.

C'est une indication, une *directive* qui n'est pas nécessairement unique et qui guide l'agent sans détruire sa liberté, sans lui interdire de s'adapter aux événements : au lieu d'être le monopole d'un seul organe, l'adaptation du droit au réel est l'œuvre collective de tous ceux qui peuvent avoir à intervenir.

A la conception autocratique de la loi infaillible, commandement complet monopolisant toute initiative, conception des hommes de la Révolution, s'oppose ainsi souvent le fait plus réellement démocratique de la loi directive, qui préside seulement à la collaboration active des différentes autorités compétentes : la directive réduit sans la détruire la liberté de l'autorité exécutive.

Pouvoir discrétionnaire et compétence liée apparaissent ainsi en dernière analyse comme des éléments opposés mais pratiquement inséparables, qui se retrouvent l'un et l'autre, dans des proportions variables, pour tout pouvoir conféré par le droit ; c'est donc par approximation seulement qu'on peut dire d'un acte quelconque qu'il appartient au domaine de la compétence liée ou à celui du pouvoir discrétionnaire ; la réalité ne présente aucun de ces types à l'état pur. A proprement parler, toutes les lois sont directives, si nous parlons cependant de compétence liée ou de pouvoir discrétionnaire, c'est pour indiquer qu'un certain acte se rapproche nettement de tel ou tel type.

16. Nous venons de faire appel plusieurs fois, pour montrer l'étendue du pouvoir discrétionnaire des autorités exécutives, à des exemples empruntés aux questions contentieuses. Y a-t-il donc un pouvoir discrétionnaire des tribunaux ? La doctrine répugne à l'admettre ; si le juge crée parfois le droit, dit-on, du moins le fait-il dans un esprit qui diffère de celui de l'administrateur : le juge se demande avant tout ce qu'aurait fait le législateur alors que l'administrateur se borne à rechercher les exigences de l'intérêt général.

Mais cette thèse n'échappe pas plus que les autres aux alternatives déjà énoncées : ou bien le juge se borne à rechercher l'intention latente, mais certaine, du législateur, et alors nous sommes ramenés à l'école de l'exégèse, au mythe de la loi ayant tout prévu — ou bien la volonté réelle du légis-

lateur est incomplète. Sa volonté présumée est celle qu'on lui prête, en pensant qu'il aurait obéi, lui aussi, aux considérations extra-juridiques qu'on croit être les plus importantes.

En réalité, le magistrat crée un droit — qu'il prête ensuite au législateur — et ce faisant, il s'inspire évidemment de l'intérêt général : il édicte les règles jurisprudentielles qui lui paraissent les plus convenables pour une époque déterminée.

Inversement lorsque l'administrateur veut compléter la directive que la loi lui a donnée, fait-il table rase du texte législatif, recherche-t-il en toute indépendance, les exigences de l'intérêt général sans même se demander la conception que s'en serait faite le législateur ? La négative est certaine : il s'efforce, inévitablement de réaliser une certaine continuité entre la règle primitive et son complément.

Il ne peut donc y avoir qu'une différence de degré entre les deux autorités : les indications légales données au juge sont généralement plus complètes que celles qui sont proposées à l'administrateur. Mais rien n'exclut un pouvoir discrétionnaire dont la mesure seule sera différente.

La conception individualiste du juge chargé d'arbitrer les droits subjectifs en conflit, et d'arrêter les limites véritables de chacun, semble, il est vrai, exclure pour lui toute liberté. Le juge est pris, dit-on, entre deux droits subjectifs. Si l'un a tort, l'autre a raison. Donner à l'un c'est prendre à l'autre, et on ne peut le faire sans la licence d'un texte. Cette conception emprunte, en droit privé, une apparence de rigueur à la maxime déjà rappelée « tout ce qui n'est pas défendu est permis », qui est censée compléter tous les textes existants, et créer partout un droit subjectif.

Mais il reste encore à déterminer dans ce système ce qui est défendu : le développement de la théorie de l'abus de droit montre que les tribunaux ne se font pas faute d'ajouter aux prohibitions légales des prohibitions jurisprudentielles tout de même qu'ils modifient parfois, par exemple à propos de l'article 1384 du Code Civil, leur mode de conciliation des intérêts en présence.

Si le droit privé lui-même est impuissant à justifier la conception du juge passif qu'il a inspirée, cette conception est encore moins défendable dans le contentieux administratif. Rien ne vient plus obscurcir ici l'évidence de ce simple raison-

nement : si dans certains cas, la loi appliquée par le juge administratif doit être complétée par lui, il est impossible de distinguer, *par rapport au droit existant*, cette addition du juge, de celle qui est faite à une autre loi par un administrateur : dans les deux cas, il s'agit, par hypothèse, d'une addition extra-légale, qui n'a donc pas été dictée par la loi, qui relève du pouvoir discrétionnaire. Celui-ci se définissant par l'absence d'obligation juridique, on ne peut établir, quant à sa nature, des sous-distinctions fondées sur un caractère juridique quelconque.

17. Mais si par leur nature juridique tous les pouvoirs discrétionnaires sont nécessairement identiques, leur mode d'exercice varie pratiquement suivant l'autorité à laquelle ils sont confiés. Un juge et un administrateur n'exercent pas de la même manière le même pouvoir discrétionnaire.

A) Leur recrutement, leur statut tout d'abord, ne sont pas les mêmes dans beaucoup de cas. Le juge est un professionnel, un technicien, le plus souvent un juriste, aujourd'hui personnellement assez indépendant des autres autorités publiques. L'administrateur est fréquemment élu, en tout cas, il est sous une dépendance toujours croissante de l'autorité élue (Parlement, Conseil Municipal) ou de son représentant (Ministre). C'est ainsi qu'en France le Conseil d'Etat est, avec les tribunaux judiciaires, la seule autorité réellement irresponsable devant le corps électoral.

Ignorant les « contingences » du suffrage universel et ne connaissant de lui que les lois, le Conseil d'Etat est d'autre part recruté dans une élite administrative et intellectuelle, ce qui ne le prédispose pas toujours à être du même sentiment qu'une majorité démocratique pour la formation de laquelle « l'homme de la rue » a émis un vote mathématiquement égal à celui du citoyen le plus instruit.

B) L'Administration est centralisée : ses fonctionnaires ont un chef qui peut leur dicter une action déterminée.

Les tribunaux ne jugent que suivant le droit et leur conscience. Seules certaines voies de recours permettent de substituer à la décision du tribunal inférieur celle d'un tribunal supérieur. Celui-ci ne peut se saisir d'office, doit attendre le

recours du Parquet ou d'une partie. La hiérarchie de la juridiction est ainsi à la fois indépendante de celle de l'Administration, et moins stricte qu'elle.

C) L'autorité juridictionnelle statue suivant une certaine procédure, dont la caractéristique essentielle est la faculté pour le particulier d'exposer sa défense, de discuter les arguments qui lui sont opposés : la procédure juridictionnelle est de nature contradictoire, et elle offre aux particuliers des garanties de bonne information qu'ils chercheraient en vain dans la procédure secrète des bureaux.

A vrai dire, la procédure administrative tend de plus en plus à se formaliser. Un texte comme l'article 65 de la loi de 1905, a introduit un embryon de défense individuelle dans des domaines où l'administrateur agissait jadis sans consultation préalable des intéressés : on voit se généraliser le recours aux enquêtes de commodo et incommodo, aux avis techniques, à l'audition des intéressés, bref, la tendance à donner aux administrés des garanties jadis réservées aux justiciables. En Autriche par exemple, une loi du 21 Juillet 1925 contient un petit Code de la procédure administrative applicables à tous les actes.

Il n'en subsiste pas moins actuellement entre la procédure administrative et la procédure juridictionnelle une différence de degré : les particuliers trouvent plus de garanties dans la seconde.

D) D'autre part, le destin d'un pouvoir discrétionnaire est différent, suivant qu'il est confié à une autorité administrative ou juridictionnelle : Les décisions de celle-ci ont généralement l'autorité de la chose jugée ; l'obligation de motiver la résolution prise caractérise aussi aujourd'hui la juridiction.

L'effet de dessaisissement produit par la sentence détruit le pouvoir discrétionnaire, en même temps que tous les autres pouvoirs du juge, dans un litige déterminé « *Lata sententia desinet iudex* ». Sa liberté ne dure qu'un instant, elle s'abolit par son usage même, pour le litige soulevé.

Mais la sentence ne détruit pas seulement le pouvoir discrétionnaire pour ce cas particulier, elle préjuge encore de son usage pour tous les cas semblables qui pourront se présenter : l'obligation de motiver ses décisions amène une juridiction à

formuler, au besoin en la créant, la règle de droit qu'elle applique (1). S'il se présentait demain une espèce identique, le juge serait incité par les motifs de sa première décision, à donner une solution analogue. Le pouvoir discrétionnaire du juge n'existe peut-on dire, que dans la mesure où il n'a encore jamais statué sur le type de situation qui lui est actuellement soumis. Le motif dessaisit le juge de son pouvoir discrétionnaire pour tous les cas semblables. Sa liberté se consomme par son premier usage.

Au contraire, l'administrateur conserve en principe une liberté que son usage n'entame point, il peut revenir sur sa décision et le précédent ne préjuge pas de l'avenir, parce que l'absence de motifs des décisions en estompe la portée.

Cette opposition n'est cependant pas absolue. La jurisprudence du Conseil d'Etat n'admet pas que l'Administration puisse retirer certaines de ses décisions qui ont créé des droits (voir ALIBERT p. 320 et suivantes). L'obligation de motiver elle-même a été souvent imposée à l'Administration par des textes législatifs ou réglementaires (voir par exemple pour la révocation des maires, la loi du 8 Juillet 1908). Au surplus de pareils textes n'ont jamais fait que créer l'obligation de formuler des motifs ; ils n'ont pas créé l'obligation d'avoir des motifs ; on ne saurait admettre qu'avant leur promulgation, l'Administration prenait ses décisions sans aucun motif.

E) Une opinion répandue oppose, il est vrai, le motif de l'administrateur et celui du juge. Le premier s'attache davantage à l'espèce particulière pour en retenir tous les aspects ; le second, même dans le silence de la loi, ne se préoccupe que du principe qu'il va dégager ; la prédominance du cas concret caractérisait *l'opportunité*, alors que celle de la règle générale marque *l'équité*.

(1) Le Conseil d'Etat ne peut comme l'Administration se borner à rejeter un recours, purement et simplement : il doit dire s'il est irrecevable ou mal fondé.

Dans des arrêts célèbres qui ont constitué de véritables revirements de jurisprudence, le Conseil d'Etat n'a admis la recevabilité d'un recours que pour le rejeter ensuite comme mal fondé (voir par exemple Cne de Monséguir 10 Juin 1921).

Les deux chefs de la décision ne s'expliqueraient pas, la satisfaction donnée au requérant n'ayant aucun intérêt pour lui, si l'importance réelle d'une décision ne résidait pas souvent plus dans ses motifs que dans son dispositif.

Cette opposition ne peut être retenue que si on la réduit à l'indication de tendances d'ailleurs incertaines. L'administrateur, à moins de tomber dans le plus étonnant caprice, doit résoudre toutes les questions par les mêmes principes. S'il pouvait se présenter dans la réalité deux espèces absolument identiques, il serait invraisemblable que l'Administration prenne des décisions différentes (1). La différence des décisions doit donc se justifier toujours par une différence de situation, dont l'appréciation s'explique nécessairement par des règles générales.

Nul n'ignore d'ailleurs que les tribunaux n'ont pas le monopole de la coutume. Il y a des pratiques administratives, des usages qu'on se garde d'enfreindre. L'existence de « traditions administratives » suppose que les bureaux, lpus encore que les juges, consultent les précédents.

En établissant sa coutume, l'administrateur scrupuleux se demande nécessairement quel est le principe le plus juste, le plus conforme à l'intérêt public. Mais c'est aussi ce que fait le juge qui, par hypothèse, doit créer un principe nouveau, et qui, ayant le choix, se demande quel est le principe dont l'adoption serait la plus opportune.

18. C'est donc moins l'obligation de motiver ses décisions que celles de publier ses motifs, c'est à dire de se les expliciter au préalable pour soi-même, qui différencie l'administrateur et le juge.

L'administrateur peut se contenter d'une intuition d'ensemble, on ne l'oblige pas à la disséquer ; sa décision dont les motifs généraux sont restés souvent inconscients, dont les différentes raisons n'ont pas été isolées, et sont restées confondues dans un sentiment global, conserve quelque chose d'irrationnel, de particulier à l'espèce, qui sauvegarde la liberté de l'avenir.

Mais il n'en va pas toujours autrement pour les juges. Ceux-ci n'expriment souvent pas toutes les règles générales appliquées dans une espèce, et ne les actualisent même pas per-

(1) On relève dans la jurisprudence suisse, par exemple, des annulations de décisions semblables. Le juge parle de violation du « droit à l'égalité. »

sonnellement ; telle appréciation souveraine est l'effet de plusieurs principes généraux que n'ont pas toujours consciemment isolés ceux qui obéissaient à leur combinaison.

Devant le Conseil d'Etat cette contraction des motifs est parfois systématique, telle rédaction d'arrêts ne laisse pas subsister grand chose de l'obligation de motiver ; jugeant dans des matières jadis réservées à l'Administration, le Conseil d'Etat, devenu compétent, a dû reprendre à son compte le laconisme de celle-ci parce qu'il était impossible de donner toutes les raisons des décisions prises.

Il suffit de confronter la plupart des arrêts rendus sur des recours pour excès de pouvoir, avec les décisions judiciaires, pour constater que les premiers sont généralement motivées d'une façon bien plus sommaire. Le Conseil d'Etat s'en tient souvent à la clause de style « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le Préfet n'a pas agi dans l'intérêt du service » — ou « que la décision du Maire n'était pas justifiée par les nécessités de l'ordre public. »

Dans ces cas par conséquent, le tribunal réserve sa liberté pour l'avenir : il ne crée pas de précédent, se réserve d'apprécier différemment des circonstances analogues, détruit ou affaiblit une des différences essentielles entre le pouvoir discrétionnaire exercé par le juge et celui qui est exercé par un administrateur.

On aperçoit ainsi la possibilité pour le juge, grâce à une rédaction plus laconique de ses décisions, de compenser une extension de ses propres pouvoirs qui lui paraîtrait dangereuse, en rapprochant leur mode d'exercice de celui des pouvoirs administratifs.

En agissant ainsi le Conseil d'Etat suit une vieille tradition. Elle frappait déjà SERRIGNY (Préface VI) « Il n'en est pas des décisions du Conseil d'Etat comme de celles de la Cour de Cassation. Cette Cour expose presque toujours les raisons détaillées des solutions qu'elle adopte : on voit qu'elle ne craint pas de faire de la doctrine et qu'elle veut convaincre ceux qu'elle juge (1) ; le Conseil d'Etat, au contraire, ne donne pres-

(1) Depuis la rédaction des arrêts de la Cour de Cassation s'est d'ailleurs parfois rapprochée (notamment dans les *arrêts d'espèce*) de celle des décisions du tribunal administratif.

que jamais de motifs développés des arrêts qu'il prononce ; il décide la plupart du temps la question par la question ; on dirait qu'il craint de poser des principes de droit et de faire des théories de peur de se lier par ses précédents. Il faut bien souvent deviner le motif vrai de solutions très justes d'ailleurs. Cette diversité dans les procédés tient à la différence des positions qu'occupent le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation. Au Conseil d'Etat c'est le Roi qui parle, qui décide, qui ordonne ; son langage doit être bref, précis, impératif. A la Cour de Cassation ce sont des magistrats qui interprètent la loi et qui doivent rendre raison aux justiciables de leurs décisions. »

Le trait suivant s'apparente au laconisme de nombreuses décisions : dans des arrêts où le Conseil d'Etat devrait, à un point de vue strictement juridique, rejeter le recours comme non recevable, sans même aborder la question du bien fondé, il néglige l'argument trop simple de la fin de non recevoir, et indique immédiatement que le recours est injustifié au fond. « Sans qu'il soit même besoin de statuer sur la fin de non recevoir, considérant que..... etc. » Ainsi se manifeste une solidarité de la forme et du fond, une interdépendance des motifs qui, théoriquement, devrait être l'apanage de l'Administration.

Enfin il faut noter que la règle de droit posée par le juge ne s'impose pas à lui comme celle qui émane du législateur : désarmé vis à vis de celle-ci, il peut retirer celle-là en lui en substituant une autre par un revirement de jurisprudence. Sans doute celui-ci sera une chose exceptionnelle, mais l'abrogation d'une loi n'est-elle pas aussi chose exceptionnelle, sans que personne songe pour cela à dire que le législateur est lié par sa propre volonté ? La nouvelle jurisprudence devra simplement avoir une portée aussi générale que celle qu'elle remplace.

19. Si la situation du juge peut ainsi se rapprocher indéfiniment de celle de l'administrateur, une différence sensible de degré n'en subsiste pas moins en règle générale. On peut dire que normalement le pouvoir discrétionnaire du juge est exercé dans des conditions de procédure plus strictes, plus rassurantes pour les individus, que celles qui entourent le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur, qu'il se consume et se restreint aussi plus vite par son usage.

Si l'administrateur est compétent, la liberté d'action de l'Exécutif est sauvegardée avant tout ; si le juge a le dernier mot, l'accent est généralement mis sur la sécurité des administrés.

La répartition du pouvoir discrétionnaire entre l'Administration et la juridiction est donc une question d'importance pratique capitale. Mais sa solution est commandée par des considérations politiques et non juridiques : il n'y a aucune incompatibilité « a priori » entre la fonction du juge et l'exercice du pouvoir discrétionnaire. « La nature des choses » n'exclut d'emblée aucune des répartitions concevables, ou plutôt elle n'en exclut qu'une seule : celle qu'on voit souvent présentée comme étant la répartition rationnelle, naturelle : tout le contrôle de légalité au juge, tout le contrôle de l'opportunité, du pouvoir discrétionnaire au supérieur administratif. Cette répartition, prétendue conforme à la nature des choses est, en réalité, la seule à la méconnaître, car elle postule une séparation tranchée entre la légalité et l'opportunité, la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire, séparation qui est irréalisable.

La répartition du pouvoir discrétionnaire par le droit positif n'est donc pas affaire d'arbitraire, mais constitue la solution toujours changeante d'un problème politique, dont le juriste se doit de dégager les données pour reconnaître la portée sociale d'une répartition déterminée.

Quelles sont les considérations qui interviendront ici ?

20. Ce sera tout d'abord le recrutement des juges susceptibles d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire ; il suffit de comparer les pouvoirs respectifs de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat vis à vis des actes administratifs, pour saisir l'influence du recrutement des magistrats sur l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire. Un tribunal exercera sur l'Administration un contrôle d'autant plus étendu qu'il aura plus d'attaches avec cette Administration, qu'il en connaîtra mieux les nécessités, que l'activité contrôlée lui sera plus familière.

Non seulement, subjectivement, l'administrateur abandonnera certaines défiances, et le juge certaines timidités, mais encore, objectivement, les juges qui sont eux-mêmes d'anciens hauts fonctionnaires, apporteront une compétence technique,

supérieure à celle d'un fonctionnaire subalterne, d'une autorité décentralisée, alors que l'intervention d'un magistrat étranger à l'ordre administratif ne pourrait pas présenter les mêmes avantages. Le système continental des tribunaux administratifs distincts des tribunaux judiciaires, favorise ainsi le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire.

Ce phénomène n'est pas particulier à la France : les auteurs allemands constatent que les juridictions administratives qui pratiquent l'« Ermessens Kontrolle » ou contrôle de l'opportunité le plus étendu, sont les tribunaux régionaux prussiens ou saxons, c'est à dire les tribunaux les plus proches par leur composition de l'Administration active (voir p. 81 et 88).

La compétence du Conseil d'Etat a ainsi une certaine signification par rapport aux exigences techniques croissantes qui s'imposent à l'Etat moderne.

Formé d'hommes ayant une culture générale développée et l'habitude des affaires publiques, le Conseil d'Etat connaît les nécessités et les besoins généraux de l'Administration. C'est là un avantage surtout sensible par rapport aux autorités administratives locales, passagères et souvent peu qualifiées, mais il tombe à peu près à néant lorsqu'il faut procéder à une appréciation qui relève d'une technique particulière, médecine, architecture, etc.. il est alors probable que le Conseil d'Etat et l'Administration devront faire la même chose, s'en remettre à un homme de l'art.

Mais au fur et à mesure où les décisions à prendre présentent une complexité croissante de motifs et de fins, les textes n'assurant pas la prédominance d'une considération déterminée, la supériorité « professionnelle » du Conseil d'Etat est compensée par l'infériorité de son information. Sans doute elle sera plus complète dans la mesure où le requérant aura pu y contribuer. Mais quelque détaillés que soient les rapports et les « productions » de la procédure, ils ne feront pas revivre intégralement une atmosphère, n'épuiseront pas la connaissance des contingences locales, ne donneront pas à une juridiction lointaine la signification réelle de certaines choses, qui ne se révèle que par leur contact forcé et renouvelé ; ils n'indiqueront pas tout ce que commande, pour une situation nouvelle, la ligne de conduite administrative déjà suivie dans le passé. Autorité lointaine à l'intervention intermittente le Con-

seil d'Etat risque de ralentir le cours de l'Administration sans l'améliorer vraiment. On trouve par exemple un écho de cette inquitute dans les conclusions de M. CHARDENET sous l'arrêt Abbé Ollivier du 19 Février 1909, v. chap. IX.

Parfois cependant il se peut que la garantie des droits particuliers, la confiance de leur titulaire, importent par dessus tout : il est en effet à tout moment des questions névralgiques que seule une autorité très haute et très indépendante peut trancher avec profit : les particuliers ont toujours avantage à voir leur requête examinée à nouveau par une autorité plus impartiale, même si elle est moins bien informée que celle qui a un intérêt directement opposé au leur. L'Etat lui-même gagne à voir la décision prise entourée d'un certain prestige.

21. Il faut donc faire intervenir à côté de la personne du juge, la nature de la question soulevée et l'étendue du pouvoir discrétionnaire qu'il s'agit de répartir.

Si la nature juridique de ce pouvoir reste toujours la même, son étendue varie considérablement suivant que la règle de droit a lié le plus possible la compétence de l'autorité exécutive, ou, au contraire, lui a laissé une grande liberté. Autre chose est de donner à un tribunal le droit de dire si le logement d'un instituteur est suffisant, la règle de droit étant ici assez précise, et autre chose est de lui laisser le soin de dire si l'ordre public est menacé par une procession, la liberté laissée par la loi à l'autorité exécutive étant ici très grande. L'importance politique de la solution qui sera adoptée dépend du but que s'est proposé la loi, de la variété des considérations que l'exécutant peut faire intervenir.

Parfois la loi ne précise pas les mesures que peut prendre l'agent, ou ne définit pas les faits qui devront permettre le jeu de tel pouvoir. L'autorité compétente détermine alors librement ce qu'exige l'intérêt général, et envisage tous les points de vue.

Parfois, au contraire, le législateur a voulu faire d'avance le travail du futur exécutant : il a lui-même défini les faits qui produiront la conséquence envisagée, les conditions dont la réalisation implique pour l'autorité saisie la possibilité ou l'obligation d'agir. Il reste alors à cette autorité le soin de reconnaître la définition posée dans les faits indiqués, c'est à

dire de qualifier ceux-ci, et il lui faudra pour cela, le plus souvent, développer la définition légale. Mais cette définition n'en existe pas moins ; la loi a partiellement défini, cristallisé l'aspect que devrait revêtir tel phénomène pour que l'intérêt général soit censé requérir telle mesure. L'autorité exécutive n'a plus à se préoccuper de tout l'intérêt général, il lui est même interdit d'en retenir certains aspects.

Ainsi le Gouvernement peut, à un moment donné, estimer très légitimement qu'il importe de décourager, dans une armée, les factieux, et d'assurer par tous les moyens le dévouement entier des officiers au régime existant : c'est là une pensée qui n'est pas nécessairement basse et qui peut être la plus conforme à l'intérêt général ; le Ministre de la Guerre, qui est investi de pouvoirs très étendus en matière d'avancement pour les grades supérieurs, qui ne rencontre dans aucun texte une définition quelconque des exigences de l'intérêt général par rapport aux services rendus par un officier supérieur, peut y faire rentrer le loyalisme politique de ce militaire ; il réservera l'avancement à des officiers supérieurs fidèles au régime.

Il paraîtra grave, et sans doute inutile, de substituer dans ces appréciations, le Conseil d'Etat au Ministre afin de faire dire au juge : il n'y a pas d'avancement au choix pour les officiers adhérents à des partis d'opposition violente.

Ces considérations ne perdent peut-être pas leur valeur lorsqu'il s'agit d'officiers subalternes ; l'intérêt général, en tant qu'impliquant la défense du régime, peut, en République, s'opposer encore plus à la nomination au grade de capitaine, d'un lieutenant royaliste ou communiste militant, qu'il ne s'oppose à la nomination au grade de général de tel colonel aux sentiments dynastiques assez tièdes.

Mais le Ministre n'est plus libre d'apprécier à sa guise l'intérêt général, la nature des services qui justifient l'avancement : la loi a substitué son appréciation à celle du chef de l'armée, elle a défini certains services comme méritant un certain avancement. Après dix ans de grade, un lieutenant mérite toujours d'être nommé capitaine. Les exigences de l'intérêt général paraissent ici définies : le Ministre prétendrait en vain qu'elles sont en réalité tout autres, que le requérant est un révolutionnaire dangereux ; on ne doit plus apprécier la valeur des services rendus, mais en établir la durée.

Il ne s'agit cependant pas toujours ici d'une opération mécanique : comment calculer l'ancienneté des services ? Les textes prévoient des majorations coloniales, des rappels, etc..., mais leur complication ou leurs lacunes ne permettent souvent pas de dire si telle espèce de services doit être « bonifiée ». Il faut compléter la loi, user d'un pouvoir discrétionnaire, se demander quelle est la solution la mieux appropriée à la nature des services rendus. Mais ce pouvoir discrétionnaire est singulièrement moins vaste que celui que nous venons d'examiner. On estimera le plus souvent que les tribunaux peuvent en assumer l'exercice.

Mais entre ces deux mesures extrêmes du pouvoir discrétionnaire, il existe une transition continue. La loi peut, nous l'avons dit, donner une définition plus ou moins précise des faits, si peu précise souvent qu'elle devient plutôt une indication qu'une définition véritable : c'est le cas de la directive. Entre les textes qui instituent l'avancement au choix sans en définir les raisons, et ceux qui permettent le déplacement d'un cimetière, pourvu qu'il reste à plus de 40 mètres d'une agglomération, la loi de 1841, qui permet l'expropriation pour cause d'utilité publique, occupe une position intermédiaire.

Aussi les considérations politiques qui, tout à l'heure, imposaient pratiquement l'une ou l'autre des solutions concevables, vont-elles ici se contrebalancer. Ce n'est plus seulement juridiquement mais encore politiquement que différentes répartitions deviennent pratiquement possibles : ce qui différencie surtout l'étendue du pouvoir discrétionnaire juridictionnel d'un pays à l'autre, d'une époque à l'autre, c'est la relation qui s'établit entre l'existence d'une directive légale et l'attribution du pouvoir discrétionnaire qu'elle laisse largement subsister.

22. L'importance pratique de cette relation s'accroît encore du fait que les directives vont en se multipliant dans le droit moderne et que, dès lors, l'attitude adoptée par le juge à leur égard est d'une application de plus en plus fréquente.

Caractéristique de l'activité législative contemporaine, l'emploi de définitions vagues, de directives, s'explique par un compromis forcé entre des tendances impérieuses et contradictoires : d'une part, c'est la volonté de plus en plus forte de

protéger les administrés contre l'arbitraire éventuel de l'Administration, c'est le désir qu'ont les partis d'obtenir pour les intérêts sociaux ou religieux qu'ils protègent, des garanties vis-à-vis d'une Administration en laquelle ils n'ont pas toujours confiance ; ils s'opposent à la concession de pouvoirs illimités. La liberté de l'Exécutif effraie — on voudrait lui fixer un but, des limites, la réduire à tous égards, prévoir certains cas. Cette tendance se traduit par la longueur et le nombre croissant de nos lois.

Mais d'autres tendances agissent en sens inverse : elles proviennent de la multiplicité accrue des interventions administratives, de la complexité croissante de la vie moderne ; à l'ancien laisser faire se substituent des lois sociales, loi de 1906 sur le repos hebdomadaire par exemple. Mais aussitôt on se rend compte que le principe édicté ne peut s'appliquer sans des tempéraments trop nombreux et variés pour que la loi puisse les prévoir autrement que par une formule générale : Ces tendances se sont traduites dans la technique d'application de la loi du 23 Avril 1919, instituant la journée de huit heures, et confiant à des règlements d'administration publique, le soin d'en fixer les modalités d'application.

La loi grève ainsi le droit de propriété immobilière d'une servitude d'intérêt esthétique, mais la nature même de cet intérêt en rend les exigences incertaines : il faut se contenter d'en affirmer le principe, et laisser à d'autres le soin de les déterminer. Entre la volonté de limiter l'arbitraire et la difficulté de prévoir toutes les circonstances concrètes, facteurs toujours plus puissants, l'un et l'autre, la définition vague est un compromis qui sera nécessairement de plus en plus fréquent.

D'autres facteurs viennent parfois multiplier encore ces compromis : il serait aisé de préciser davantage dans une loi les restrictions que l'on peut imposer à l'Exécutif, mais il est impossible de réaliser un accord à leur sujet. Telle formule qui conviendrait à un parti en effraie un autre : devant l'impossibilité d'une entente, on choisit une formule qui ne heurte personne parce qu'elle ne préjuge rien. Un Parlement entier reprend le geste de Ponce-Pilate : las d'entendre la lutte des classes ou des croyances retentir dans son enceinte, il lui donne, comme nouveau théâtre, le prétoire du juge : le légis-

lateur donne lui-même l'exemple d'une abdication qu'imitera souvent l'Administration (voir chap. IX et X). Les auteurs des lois de séparation, au début du siècle, ont par exemple souvent abandonné sciemment au Conseil d'Etat la solution de questions embarrassantes.

23. Parfois le dessaisissement du Parlement est moins conscient. Ses membres, étrangers à la pratique du droit ou de l'Administration, n'imaginent pas la complexité des situations susceptibles de se présenter et croient que des principes très généraux suffisent à les résoudre définitivement. Et comme la définition vague employée représente pour chacun un monde d'idées, de sentiments, etc... il suffit de prêter ces sentiments à d'autres pour imaginer ensuite que l'autorité exécutive ne sera jamais embarrassée. Ordre public, besoins du commerce, etc... le sens de ses mots est voisin, à un moment déterminé, pour les individus d'un groupe social étroit — de là chez eux une tendance très forte à penser qu'ils présentent un sens très proche pour tous leurs concitoyens, au même moment. Ce sont des mots auxquels la vie sociale donne leur sens. N'est-il pas dès lors le même pour tous à une époque déterminée ?

Ce raisonnement inconscient de beaucoup de parlementaires, est celui des auteurs pour qui le juge ne crée pas le droit, mais l'applique, lorsqu'il recherche les exigences de l'ordre public : il leur semble que le texte ne laisse place qu'à une seule solution correcte. C'est là, sous une forme plus savante et plus discrète, l'illusion de l'homme qui, étant de bonne foi, ne conçoit pas qu'il puisse y avoir une loi qui lui donne tort — un contradicteur qui soit aussi de bonne foi — que « chacun ait sa vérité »... et son ordre public.

C'est pourtant là un fait inévitable. Les nations modernes surtout lorsqu'elles vivent sous un régime de démocratie, ne sont pas des êtres simples, ne professent pas des sentiments unanimes ; des intérêts, des aspirations opposées y dictent des conceptions contradictoires. Chacune des petites sociétés qui se juxtaposent et s'entrecroisent dans un pays, a sa version des mots employés par la loi : les besoins du commerce ne sont pas les mêmes selon les ouvriers et selon les patrons, les exigences de l'ordre public n'étaient pas les mêmes selon

les catholiques du début du siècle, et selon les municipalités anticléricales ; les propriétaires et les urbanistes n'ont pas la même conception des sites artistiques, etc. Leurs interprétations, également sincères souvent, invoquent les termes mêmes dont s'est servi le législateur, et qui ne les départagent pas parce qu'ils se prêtent aussi bien à chacune des versions proposées. La loi a bien renvoyé à une représentation sociale, mais ses auteurs ont oublié que la Société n'est pas une, que les passions et les intérêts différents influent non seulement sur les raisonnements, mais encore sur le vocabulaire.

Entre les interprétations proposées, il faut bien choisir, compromettre, arbitrer, de toute façon ajouter à l'œuvre du législateur qui, manifestement ne peut pas suffire. Et comme on ne peut même pas dire à partir de quel moment précis l'addition nécessaire à la volonté législative peut entraîner la méconnaissance, (c'est ici qu'apparaît peut être le plus nettement l'impossibilité de délimiter la légalité et l'opportunité), on doit choisir pratiquement entre le risque de laisser impunie la méconnaissance de directives légales, et la résolution de donner au juge la liberté laissée par la loi.

La forme de la règle de droit ne fournit donc plus aucune indication nette quant à l'étendue des pouvoirs du juge. Sa personnalité, son recrutement inspirent des tendances contradictoires. Pratiquement, il n'y a plus guère qu'une seule considération qui puisse être décisive : la situation de l'administré, du requérant, le droit qu'il invoque.

24. Mais il faut bien préciser ici le sens de ce mot *droit*.

A) Au point de vue strictement juridique, les droits de l'individu sont les conséquences, les réflexes des obligations de l'autorité publique : les pouvoirs administratifs et les droits du citoyen varient en sens inverse. L'administré est d'autant plus « sûr de son affaire » que l'Administration en est moins libre.

Celle-ci a-t-elle un pouvoir discrétionnaire ? Peut-elle sans incorrection juridique donner ou refuser l'avancement dit « au choix ». ? Le fonctionnaire sera par hypothèse désarmé devant le refus administratif, il devra s'incliner puisqu'il n'y avait pour l'Administration aucune obligation. Il avait intérêt à obte-

nir un avancement rapide ou à être décoré, il n'y avait aucun droit puisque ce terme implique, pour l'ayant-droit l'exigibilité envers et contre tous, pour l'obligé, le débiteur, une obligation franche de toute condition potestative.

L'Administration a-t-elle au contraire une compétence liée, la loi ayant défini les faits qu'elle devra considérer pour décider de telle ou telle mesure ? S'agit-il d'un avancement à l'ancienneté que l'Administration doit réaliser dès que des services d'une certaine durée ont été accomplis ? Si elle refuse l'avancement malgré l'accomplissement de ces services, le fonctionnaire lésé n'est pas désarmé devant ce qui constitue la violation d'une obligation administrative ; il demande l'annulation de l'acte illégal et même suivant la formule employée par certains arrêts du Conseil d'Etat, son « renvoi devant l'autorité compétente pour obtenir l'avancement auquel il a droit. » Ici, en effet, on se trouve en présence d'un droit subjectif. Son exigibilité, l'obligation ferme du débiteur administratif, sont réalisées ; le droit du créancier est l'envers de l'obligation du débiteur. Compétence liée et droit subjectif s'impliquent donc mutuellement. Etablir l'une c'est consacrer l'autre, et inversement affirmer le pouvoir discrétionnaire d'une autorité, c'est nier le droit subjectif des particuliers intéressés.

Se demander ce qui est le premier, de l'obligation administrative ou du droit individuel, ce n'est donc, juridiquement, que rechercher la rédaction employée par la règle de droit pour supprimer un pouvoir discrétionnaire, pour lier une compétence : le texte a-t-il affirmé l'obligation de l'Administration, ou le droit de l'administré ?

Techniquement le premier procédé paraît inférieur : les grands droits individuels affirmés par les constitutions ou les lois révolutionnaires, comportent toujours des restrictions posées par des lois contemporaines ou postérieures. Il y a le droit à la liberté du commerce et de l'industrie, mais il y a les monopoles fiscaux, les pouvoirs de police municipale, les pouvoirs de guerre, certaines lois sociales; etc... Le droit proclamé n'est donc pas absolu ; prise littéralement, la formule primitive est fausse ; il n'y a un droit subjectif de l'individu que là où il n'y a pas dérogation à l'obligation primitive d'abstention pour l'Administration. Chaque fois qu'on a réduit

cette obligation, on a restreint « eo ipso » le droit individuel qui n'en était que la conséquence (1).

Il paraît donc pratiquement préférable pour la « *lex lata* » que les lois et la doctrine visent le même terme, celui qu'on fait varier le plus souvent : l'obligation administrative, la comparaison des textes et des opinions en sera facilitée. L'effort de M. DUGUIT pour proscrire la notion de droit subjectif, apparaît ici comme conforme aux exigences d'une bonne et exacte terminologie.

On peut ajouter que le droit subjectif étant l'envers de la compétence liée, et celle-ci étant toujours mêlée de quelque pouvoir discrétionnaire, il n'est jamais de droit subjectif intégral. A sa limite il se dégrade toujours en un simple intérêt. Comme le glaive qui s'émousse, en frappant, au contact des choses et perd sur ses bords la netteté de sa forme primitive, le droit subjectif lui-même s'estompe et s'abolit quelque peu dans toute procédure. Il y a toujours quelque chose d'imprévisible dans le moment ou les modalités d'une décision de justice. Droit et intérêt simple coexistent ainsi constamment dans une proportion variable.

Enfin la notion de droit subjectif ne peut avoir aucune influence juridique sur l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire qui est la négation de tout droit subjectif du requérant : là où la loi n'est qu'une directive, l'administré n'a pas de droit.

B) Mais le mélange aux proportions incertaines, dans le pouvoir administratif, de la compétence liée et du pouvoir discrétionnaire, s'il disqualifie la notion de droit subjectif sur le plan de la technique juridique, lui rend, au contraire, toute son importance sur le plan *politique*, celui de la « *lex ferenda* ».

En présence de textes différents, dont les uns paraissent ménager la liberté de l'Administration et les autres, les droits de l'individu, en présence d'une définition vague qu'on peut chercher à développer, ou, au contraire, à interpréter restrictivement, l'autorité chargée d'appliquer la loi doit savoir quel est celui des intérêts en présence sur lequel elle mettra l'accent. Doit-on chercher, par le respect des précédents, à réduire le pouvoir discrétionnaire de l'autorité exécutive, ou

(1) Comp. pour le droit de propriété J. LAFERRIÈRE, p. 9.

tout au moins à en rendre l'exercice plus rassurant, encore que moins efficace peut être, ou bien faut-il maintenir ce pouvoir intact en lui laissant toute son énergie ? C'est là une question dont la réponse dépend notamment de la gravité des intérêts individuels en jeu. Et elle commande l'attribution du pouvoir discrétionnaire.

En indiquant qu'ils entendent consacrer un *droit* individuel, les auteurs d'une loi ou d'une constitution, même s'ils ne lient pas la compétence exécutive, montrent qu'ils désirent avant tout la garantie des *intérêts* individuels. Il n'y a pas, juridiquement parlant, de droit individuel puisqu'il n'y a pas d'obligation légale précise pour l'autorité exécutive. Mais il est politiquement désirable qu'un semblable droit apparaisse ou que l'individu en obtienne un succédané par l'exercice juridictionnel du pouvoir discrétionnaire.

Ce qu'on appelle le droit individuel ne résulte pas ici de la « *lex lata* » mais il est une indication pour « *la lex ferenda*. » C'est ainsi qu'en droit français, il n'y a pas, juridiquement parlant, un droit du citoyen à la liberté du commerce et de l'industrie, puisque ce prétendu droit subit, en plus d'un certain nombre de restrictions précises, toutes celles qui tiennent à la directive de l'ordre public, directive dont l'imprécision ménage à l'autorité exécutive un certain pouvoir discrétionnaire. Mais il y a toujours, politiquement, dans l'organisation sociale française, une importance, un respect, une valeur particulière attachés à la liberté du commerce et de l'industrie : on admet, on croit que l'Etat ne doit y toucher qu'avec circonspection.

C'est cette croyance sociale, très profonde, qui fait parler couramment du droit de chacun à travailler librement, à exercer librement son activité. Et c'est parce que le juge est lui aussi membre d'une société, parce qu'il obéit dans une certaine mesure aux mêmes impératifs que ses concitoyens, qu'il les traduit dans la création jurisprudentielle du droit, comme le législateur les traduit dans la création législative. Il crée le droit individuel, au *sens juridique*, en liant la compétence de l'autorité exécutive, parce qu'il a commencé par affirmer, par reconnaître le droit subjectif au *sens politique* ; s'il ne peut lier la compétence de l'Administration parce que les intérêts en cause sont trop variés et trop changeants, il adopte

un moyen terme, il contrôle le pouvoir discrétionnaire maintenu pour lui faire respecter le plus possible *l'intérêt* individuel menacé, qu'on qualifiera de *droit* individuel pour en marquer l'importance légale.

Il y a donc à côté de la notion juridique, une notion politique du droit subjectif : sa reconnaissance par la loi ou par l'opinion publique est une directive pour la création jurisprudentielle du droit pour la répartition du pouvoir discrétionnaire.

C'est ainsi, par exemple, que dans la jurisprudence française, les droits individuels proclamés par les Déclarations Révolutionnaires, conservent l'éminente dignité dont les auteurs de ces chartes avaient voulu les doter, malgré la déconstitutionnalisation des textes, et la fréquence des dérogations légales à leurs principes. Toutes les fois qu'un pouvoir discrétionnaire de l'autorité exécutive heurte un de ces *droits*, le juge s'efforce de restreindre ce pouvoir pour l'avenir, ou tout au moins d'en assurer lui-même l'exercice (voir notamment ci-dessous chapitre X).

Pour reprendre l'exemple précédent, l'Administration peut parfois restreindre la liberté du commerce et de l'industrie sans violer la loi. Mais, politiquement, le droit individuel correspondant à cette liberté reste dans la jurisprudence administrative, l'un des plus actifs, il conduit le juge à contrôler un pouvoir discrétionnaire qu'il aurait au contraire abandonné à l'Administration, si l'avancement d'un fonctionnaire par exemple avait été seul en jeu. Le Conseil d'Etat vérifie ainsi si des circonstances exceptionnelles légitimaient vraiment la création, par la municipalité, d'un service commercial (voir chapitre X), il se refuse au contraire à voir si un fonctionnaire a rendu les services exceptionnels qui, aux termes de certaines lois, peuvent motiver des avancements accélérés (voir ci-dessous, chapitre IX).

On peut donc dire : tout pouvoir discrétionnaire implique la négation d'un droit subjectif au sens juridique, mais l'existence d'un droit subjectif au sens politique favorise l'attribution aux tribunaux, du pouvoir discrétionnaire qui le menace.

25. La répartition du pouvoir discrétionnaire dépend ainsi pour les tribunaux ou le Parlement de considérations poli-

tiques essentielles, et c'est parce qu'il existe un déterminisme politique profond des solutions adoptées, qu'il importe de ne pas lui substituer un déterminisme juridique fictif.

On a peut être pu se demander quel intérêt il y avait à savoir si la critique de M. GENY établit pour les tribunaux un pouvoir discrétionnaire, ou un droit d'interprétation large : il peut sembler par moments qu'il n'y a là qu'une question de mots qui ne mérite pas l'attention. En réalité, il s'agit de savoir si pour délimiter les pouvoirs du juge, on demandera au droit existant une réponse qu'il ne peut fournir (c'est ce qu'on devra faire si l'on veut voir une interprétation même assouplie, c'est à dire la reconstitution d'un droit déjà existant, là où il y a en réalité création de droit), ou bien si, prenant conscience de la nature du phénomène qui se produit, on en cherchera les véritables causes ; si, en présence d'une création de droit, on se demandera quel est, politiquement, le meilleur aménagement possible d'une fonction publique. Ce n'est qu'en reconnaissant l'extension réelle du pouvoir discrétionnaire qu'on peut se poser exactement, à son sujet, les problèmes véritables, au lieu de les masquer.

La vie interdit toujours, il est vrai, aux praticiens les conceptions trop formalistes : consciemment ou non, c'est aux considérations politiques que nous venons de rechercher que le juge obéit en assumant l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire : la vie est trop pressante à son prétoire pour qu'il puisse en oublier l'exigence, et ne retenir qu'une construction fictive. Le déterminisme auquel obéit la jurisprudence est, de toute façon, celui de la réalité sociale.

La doctrine doit-elle se placer au même point de vue, où doit-elle se limiter à une analyse prétendue juridique, qui restera sans grande influence sur les créateurs effectifs du droit positif ; doit-elle, conservant une logique différente de celle du juge, se condamner à subir sa jurisprudence, à l'enregistrer après coup, et à étirer ses catégories précédentes, pour essayer de suivre le mouvement qui vient de s'accomplir indépendamment d'elle ; ne doit-elle pas plutôt s'associer à ce mouvement, l'aider et le prévoir autant que possible ? en tout cas, fixer les solutions actuelles véritables ?

26. Suivant que la répartition du pouvoir discrétionnaire

s'est faite à l'avantage ou au détriment des tribunaux la vie administrative d'un pays donné présente donc des caractères différents. Comment définir les deux types extrêmes possibles ?

On connaît l'antithèse classique depuis la fin du XIX^e siècle, de l'Etat de droit « Rechtsstaat » et de l'Etat de Police « Polizeistaat ». Comme, en réalité, la plus despotique des monarchies est, elle aussi, conforme à son droit, si celui-ci se ramène à une seule règle, instituant l'omnipotence du souverain, cette opposition se réduit à celle d'une Administration liée par de nombreuses règles de droit, et d'une Administration liée par peu de règles de droit.

A cette antithèse, fondée sur l'*étendue* plus ou moins grande du pouvoir discrétionnaire, laissée par la loi, il faut en ajouter une autre qu'on peut formuler ainsi : Administration des juges, ou Administration des administrateurs actifs, c'est-à-dire Administration classique, antithèse qui porte sur l'*attribution* du pouvoir discrétionnaire, indépendamment de son étendue.

Sans doute plus les règles de droit existantes se multiplient, plus la tentation est forte de confier à des juges ce qui subsiste du pouvoir discrétionnaire ; l'Etat de droit tend vers l'Administration des juges. Mais parfois celle-ci se développe bien plus vite que le droit : le juge s'empare d'un pouvoir discrétionnaire très étendu ; l'Administration des juges est alors un moyen de donner à l'administré une sécurité, des garanties qu'on n'a pas su ou qu'on n'a pas pu lui donner par le développement du droit, par l'Etat de droit.

L'Administration des juges *tendra* à se rapprocher de l'Etat de droit là où les tribunaux auront la préoccupation de supprimer le pouvoir discrétionnaire qu'ils détiennent, en créant un droit jurisprudentiel développé, en donnant à leurs décisions des motifs détaillés, qui lient les magistrats pour l'avenir. Elle gardera au contraire toute sa pureté, là où les juges, en donnant à leurs décisions une rédaction laconique, conserveront intact le pouvoir discrétionnaire qu'ils exercent.

De même que sa tendance pourra être différente, l'Administration des juges pourra présenter aussi une importance variable ; s'étendre à certains actes seulement ou à tous ; pour un même acte, le tribunal pourra s'emparer de tout le pouvoir discrétionnaire, ou n'en garder qu'une partie : contrôler intégralement l'activité administrative, ou se contenter

de réprimer certaines de ses manifestations. Dans le premier cas, un pouvoir déterminé tombera intégralement dans l'Administration des juges ; dans l'autre cas, il y aura juxtaposition de l'Administration des juges et de l'Administration classique.

27. Il faut d'ailleurs observer que l'Administration des juges n'exclut pas nécessairement toute intervention de l'Administration active : cette intervention peut même être rendue obligatoire par la règle de la « décision préalable », c'est ainsi qu'en France la compétence juridictionnelle ne peut presque jamais naître là où il n'y a pas déjà une décision administrative. Il peut cependant y avoir chez nous Administration des juges, puisque le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, s'il existe, l'emportera nécessairement sur les pouvoirs semblables des autres autorités qui se seront manifestées avant lui ; là où il est compétent le juge a le dernier mot sur le ministre ou sur le maire (voir ci-dessus p. 24).

Certains auteurs allemands ont prétendu qu'on aboutissait ainsi à une Administration double « Doppelverwaltung », résultat pratiquement déplorable, des questions analogues pouvant être résolues par des autorités toutes différentes.

En réalité cette « administration double » est une « administration successive » : par suite de l'obligation d'une décision préalable l'Administration active intervient toujours la première ; l'atténuation des conditions de recevabilité et le mouvement associationniste (voir page 25) font que les tribunaux sont de plus en plus souvent saisis en second lieu des questions délicates. Leur volonté prévaut donc et il y a de moins en moins de chances de voir deux questions analogues recevoir deux solutions *définitives* émanées de deux autorités différentes.

L'inconvénient du « Doppelverwaltung » est donc seulement de permettre à deux autorités de se prononcer *successivement* sur la même question. Mais la hiérarchie ou la tutelle administrative avec les recours qu'elles engendrent, aboutissent aux mêmes inconvénients. La *superposition*, pour une même question, du pouvoir discrétionnaire juridictionnel au pouvoir discrétionnaire administratif est donc concevable ; elle constitue la forme la plus répandue de l'Administration des juges.

28. Mais quelle sera l'autorité qui devra répartir le pouvoir discrétionnaire *définitif* entre le juge et l'administrateur, choisir entre les différentes solutions concevables en tenant compte des considérations politiques en présence.

A) On peut tout d'abord songer au législateur lui-même : la loi dirait quelles sont les questions que le juge peut examiner. Cette solution a pour elle, apparemment, le mérite de la certitude et de la logique ; n'est-il pas normal que législateur, supérieur commun du juge et de l'administrateur, fixe leurs pouvoirs respectifs ? C'est ainsi qu'avant la guerre les lois autrichienne, bavaroise, wurtembergeoise, etc..., ont exclu de la compétence des tribunaux les questions de pouvoir discrétionnaire.

L'expérience montre cependant que cette solution, loin de tarir les controverses, les a multipliées, en y ajoutant seulement un élément de confusion : désireux d'accroître le pouvoir du juge, les auteurs allemands ont voulu restreindre la notion légale du pouvoir discrétionnaire ; ils ont donné de ce terme des interprétations tendancieuses et diverses qui ont ressuscité l'incertitude qu'on avait voulu bannir, en y ajoutant la partialité déguisée de la doctrine.

La solution de ces lois n'était-elle pas d'ailleurs la seule qui fut pratiquement irréalisable, puisque nous l'avons dit, il est très souvent impossible de délimiter nettement pouvoir discrétionnaire et application de la loi ? Tout reposait ainsi sur une séparation impraticable.

Mais étant donné l'étendue et l'objet si différents que peut avoir le pouvoir discrétionnaire, n'est-il pas toujours déraisonnable de vouloir l'assujettir constamment à un même régime que fixe d'avance une seule loi ? Le Parlement autrichien l'a compris après la guerre. D'après l'art. 129 de la nouvelle Constitution « Il n'y a pas irrégularité lorsque la loi autorisait l'autorité administrative à procéder discrétionnairement, et que celle-ci a fait usage de ce pouvoir discrétionnaire dans le sens de la loi. » Cette réserve de « l'usage conforme au sens de la loi » permet aux tribunaux administratifs un certain contrôle du pouvoir discrétionnaire, contrôle dont la limitation est pratiquement abandonnée à ces tribunaux eux-mêmes. C'est la reconnaissance d'un échec de la législation antérieure,

de l'impossibilité d'une attribution intégrale du pouvoir discrétionnaire à l'Administration, et des inconvénients d'une délimitation législative.

Celle-ci n'a jamais été tentée en France : rien dans la loi du 24 Mai 1872 n'empêche le Conseil d'Etat d'examiner les questions d'opportunité : la notion d' « excès de pouvoir » en droit administratif est si élastique, si différente du sens primitif des mots qu'elle n'exclut pas plus l'inopportunité que la violation d'un arrêté quelconque.

C'est donc au juge qu'il appartient chez nous de fixer la limite de son intervention, mais ici encore, deux systèmes sont concevables.

B) Le premier confie la délimitation à un tribunal qui n'aura en aucun cas à examiner le fond de l'affaire ; c'est le système de l'art 26 de la loi du 24 Mai 1872 pour les actes de gouvernement. Le tribunal des conflits se borne à dire si le Conseil d'Etat est compétent. On a même soutenu que ce système devait aussi garantir le pouvoir discrétionnaire de l'Administration contre les interventions du Conseil d'Etat (MICHOUX 1913, p. 226, GRACH) ; un juge aura le soin de dire si l'autre est compétent.

Ce système séduisant par sa logique, bien qu'un peu compliqué, est resté, chez nous, lettre morte. On sait que le Gouvernement n'a jamais employé la procédure de l'art. 26, que le Conseil d'Etat seul a fait et défait la théorie des actes de gouvernement. Les ministres ont toujours demandé au tribunal administratif lui-même, de tracer les limites de sa propre compétence. Jamais un recours n'a été formé contre les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat répartissait le pouvoir discrétionnaire entre l'Administration et le juge, vidait progressivement d'une partie de son sens la réserve de l'opportunité inscrite dans ses arrêts.

Fixant et déplaçant lui-même la limite de ses pouvoirs vis-à-vis de l'Administration active, le juge administratif français a donc ce qu'on a appelé la compétence des compétences. Certains auteurs voient dans cette notion, le critérium de la souveraineté internationale. En droit interne il est du moins permis de dire que cette prérogative du juge administratif français caractérise sa situation éminente, montre ce

qui pouvait faciliter l'évolution de notre droit positif vers l'Administration des juges.

Le silence des textes légaux oblige en tout cas à chercher presque exclusivement dans la jurisprudence administrative, si nous avons une Administration des juges, et dans l'affirmative, quelle est son importance réelle.

Mais avant de rechercher la confirmation et l'application dans le droit positif français des principes que nous nous sommes efforcés de dégager, nous voudrions les confronter avec les diverses doctrines du pouvoir discrétionnaire, en faisant ressortir leur apport et les difficultés auxquelles elles nous ont paru se heurter. Nous expliquerons ainsi pourquoi nous avons cru devoir nous en écarter totalement ou partiellement et cette étude, venant après l'exposé de notre thèse, la justifiera indirectement ou en facilitera au contraire la critique.

29. S'ils sont apparus assez tard dans la littérature juridique, les problèmes du pouvoir discrétionnaire, ont cependant suscité déjà d'assez nombreux travaux dans la doctrine allemande d'abord, puis dans la doctrine française.

Les questions ont été abordées différemment par l'une et l'autre : le fonds commun d'un même droit positif, d'une culture générale et juridique analogue, de préoccupation politiques voisines, apparente les auteurs d'un même pays. Leurs doctrines sont encore unies par les liens d'une causalité mutuelle, les écrivains d'une même littérature se combattent et se soutiennent entre eux. C'est souvent chez l'un d'eux que doit être cherchée la signification véritable de la pensée d'un autre.

C'est pourquoi respectant l'originalité des « climats » propres à chacune des doctrines en présence, ainsi que leur ordre chronologique de formation, nous étudierons séparément, et successivement, sur la question du pouvoir discrétionnaire :

LA DOCTRINE ALLEMANDE ;

LA DOCTRINE FRANÇAISE.

CHAPITRE III

LA DOCTRINE ALLEMANDE

30. L'étude du pouvoir discrétionnaire a présenté de très bonne heure, pour la doctrine allemande, un intérêt pratique ; le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire étant exclu par différents textes, paragr. 3 lettre E, de la loi autrichienne du 22 Novembre 1875 (*Annales de législation comparée* 1875, p. 516) ; le paragr. 1, article 13 de la loi bavaroise du 8 Août 1878, l'article 13, alinéa 2 de la loi wurtembergeoise du 16 Décembre 1876, etc... il fallait déterminer la portée véritable de ces dispositions, en analysant la notion du pouvoir discrétionnaire.

31. Dès 1886, BERNATZIK en recherchant le criterium de l'acte juridictionnel, se demande, p. 37 et suivantes s'il y a parfois pour le juge un pouvoir discrétionnaire. Il répond par l'affirmative en rappelant la juridiction gracieuse, le pouvoir de fixer une pension alimentaire, la latitude d'appréciation laissée par la loi pénale tant pour la fixation de la peine que pour la qualification de l'infraction (outrage *grossier* à la pudeur, par exemple).

C'est une erreur, ajoute-t-il, de croire, que le pouvoir discrétionnaire « constitue une activité qui n'est liée par aucune forme juridique ». Jamais, en effet, le fonctionnaire ne peut agir d'une manière contraire à l'intérêt général. On ne saurait donc assimiler sa liberté à celle du particulier, comme le font beaucoup d'auteurs et notamment LABAND car rien n'em-

pèche le particulier d'agir contre son intérêt propre, alors que le fonctionnaire ne peut agir contre celui de l'Etat, sans enfreindre une obligation juridique difficile à déterminer, mais certaine. « Le pouvoir discrétionnaire est donc en réalité un pouvoir lié par le droit, conforme au devoir. »

Mais dès lors « le pouvoir discrétionnaire et la compétence juridiquement liée ne sont pas deux sortes d'activité intellectuelle différentes, il y a toujours une seule et même relation entre l'existence d'un fait donné et l'application d'une règle de droit (p. 42). Ce n'est pas dans le genre de la conclusion, mais seulement dans la manière dont les *prémisses* de cette conclusion ont été posées par l'ordre juridique, que peut résider la différence. Et comme l'ordre juridique ne fait jamais qu'ordonner ou interdire, et que le raisonnement lui-même ne suit jamais que des règles logiques et non juridiques, le trait caractéristique du soi-disant pouvoir discrétionnaire ne peut se trouver que dans les *prémisses de fait* ».

Ce qui est libre, c'est le processus qui permet de conclure de l'existence de certains faits à celle des catégories visées par la loi ; c'est la qualification des faits. « Il y a dans tous les domaines de l'activité intellectuelle une frontière au-delà de laquelle les tiers ne peuvent plus contrôler l'exactitude ou l'inexactitude de la déduction faite. Les tiers peuvent être alors d'un autre avis, mais ils ne peuvent dire qu'ils sont les seuls à avoir l'opinion juste, que l'autre est fausse ; même s'ils le soutenaient, chacun conserverait son opinion et personne ne les croirait. »

Si je dis que le firmament est rouge, ajoute BERNATZIK, je serai tenu pour fou ou daltoniste — si je dis que cette mélodie est banale, ce repas mauvais, je ne trouve pas en général de majorité décidée contre moi : c'est le domaine de mon appréciation. Il en serait de même si je me prononçais sur une question technique.

« L'ordre juridique a ainsi le pouvoir de suspendre l'application de ses règles à de semblables concepts (imprécis ou techniques) et il enlève de la sorte aux tiers, pour la plupart des cas, la faculté de contrôler l'exactitude des déductions » (p. 43). « Les conclusions des autorités sur le point de savoir si quelque chose est conforme au bien public, sont donc assimilables à l'avis d'un expert sur des questions techniques ».

« Les autorités administratives sont en fait, pour cette question des experts » seulement leur compétence exclusive pour le jugement de l'intérêt public » est fondée sur une prescription positive de l'ordre juridique, et non sur un manque de connaissance technique de la collectivité ».

La catégorie légale est-elle « l'intérêt général » ou « le bien public » ? La règle applicable prescrit à l'agent d'agir comme il le croit conforme à l'intérêt général. Et il ne peut y avoir violation de son devoir par le fonctionnaire, que dans la mesure où sa décision « se trouve dans une telle contradiction avec les opinions de la majorité, que l'on arrive à la conclusion qu'il y a eu une intention malicieuse, ou une négligence grossière ». Ce sont alors les sanctions disciplinaires ou pénales qui, seules, peuvent sanctionner la règle « agis comme tu le crois conforme à l'intérêt général ».

L'intervention d'un autre juge n'est pas inconcevable, mais elle n'aboutit (p. 45) qu'à « substituer le jugement d'un autre organe administratif à celui du fonctionnaire jugeant en première instance ». L'ordre juridique peut multiplier les organes qui interviennent ainsi, mais il ne peut être question de rechercher s'il y a eu violation du droit.

Si un tribunal administratif juge sur les matières d'appréciation, il ne diffère en rien d'une autorité administrative ordinaire. Il y a alors ce qu'on appelle « Doppelverwaltung » : deux organismes différents, indépendants l'un de l'autre, autorité administrative et tribunal, statuent sur le point de savoir si une certaine règle est conforme à l'intérêt général. » « Les tribunaux administratifs ne peuvent certainement posséder aucun pouvoir de décision sur les questions d'appréciation technique, en tant qu'ils sont seulement compétents pour statuer sur les violations du droit. »

Il ne semble pourtant pas, autant qu'on en peut juger par un compte-rendu du livre de TEZNER, qu'il a fait paraître dans la *Grunhuts Zeitschrift* de 1891, p. 149, que BERNATZIK ait voulu par sa théorie, préconiser l'incompétence des tribunaux à l'égard du pouvoir discrétionnaire ; c'est là, selon lui, une question dont la solution dépend du droit positif. La loi autrichienne exclut l'examen des juges, dit-il — la loi prussienne l'admet dans certains cas. Le « Rechtskontrolle » (contrôle de l'erreur juridique, est plus étroit que le « Rechtsprechung » (juri-

diction). « On peut ériger une autorité de police en instance supérieure à la place du Ministre de l'Intérieur, avec cette seule particularité que sa compétence dépend d'une plainte d'un particulier. Il est possible et même probable que dans l'avenir toutes les interventions policières intéressant la liberté ou la propriété (1) ne pourront être prescrites que par des autorités organisées dans la forme juridictionnelle. Mais cela exige une réforme du droit positif. Dans son état actuel, l'incompétence et la partialité peuvent seules être réprimées. On peut encore aller jusqu'à l'obligation pour l'Administration de donner ses motifs. Mais pour faire plus, il faudrait un changement du droit positif.

32. Ainsi « la liberté d'appréciation n'est pas l'arbitraire subjectif, mais le fait de n'être pas lié par des normes juridiques précises ». « Plus un jugement sur les faits se soustrait au contrôle général, plus il entre dans l'appréciation technique ». Mais l'Administration, quand elle applique la règle « agis comme tu le crois conforme à l'intérêt général », applique encore le droit, son pouvoir discrétionnaire est *toujours* un cas particulier d'application de la loi (2).

La construction de BERNATZIK nous montre que, dès l'instant où l'on admet que l'autorité exécutive ne fait qu'appliquer le droit, même lorsque celui-ci consiste en une règle imprécise, on est conduit à dire « tout est application du droit ». On peut, en effet, toujours imaginer des règles assez imprécises pour être compatibles avec toutes les actions des agents publics qui pourront être censées appliquer les règles trouvées après coup.

Ce système aboutit seulement à une terminologie contradictoire puisqu'il y a des *applications* du droit, à l'occasion desquelles la *violation* du droit, par l'autorité exécutive, est à

(1) pour BERNATZIK droit subjectif et pouvoir discrétionnaire ne s'excluent pas ; la liberté et la propriété sont, en effet, compatibles avec le pouvoir discrétionnaire de police. C'est on le voit à la notion *politique* du droit subjectif que s'en tient BERNATZIK.

(2) Ce n'est donc pas l'application du droit qui peut caractériser l'acte juridictionnel. BERNATZIK donne de celui-ci une définition très confuse (p. 64), retenant surtout l'intention de l'autorité qui accomplit cet acte et le but dans lequel la loi lui a conféré ses pouvoirs.

peu près impossible ; l'application du droit comporte donc une certaine liberté juridique, et alors elle cesse nécessairement d'être une application. Ces contradictions ne nous évitent d'ailleurs pas la distinction du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée — on lui substitue seulement, au détriment de la netteté, la distinction suivante : application des règles de droit précises, et application des règles de droit (souvent fictives) imprécises.

La question des règles imprécises est ainsi, dès l'origine, la question centrale pour la doctrine austro-allemande. Quand une règle cesse-t-elle d'être précise ? BERNATZIK répond : lorsqu'il est impossible de rallier une majorité sur le point de savoir si un fait déterminé répond à cette définition.

Mais quand la constitution de cette majorité devient-elle impossible ? C'est ce que BERNATZIK ne nous dit pas, et qu'il est impossible de dire selon TEZNER.

33. La pauvreté du vocabulaire, l'évolution de la vie qui dépasse sans cesse les abstractions, produit de notre expérience à un moment donné, font de toute qualification, une matière de discussion. *Zur Lehre*, p. 55. « Dans une certaine mesure la signification de tout mot est vague ». *F. E.* p. 17. La différence n'est jamais que quantitative et non qualitative. « De même qu'il n'y a aucune norme, si étroite soit-elle, qui ne permette qu'une seule forme d'exécution, de même à toute appréciation s'imposent les limitations qui tiennent au fait qu'elle ne peut être exercée que par l'autorité compétente sur le fondement d'un texte. » *F. E.* p. 103 — *Idem Zur Lehre* p. 84.

Et dès lors la théorie de BERNATZIK enlève pratiquement toute compétence à la juridiction administrative. Avec lui le pouvoir discrétionnaire deviendrait « l'irréductible bastion de l'absolutisme autoritaire dans l'Etat de droit constitutionnel ». *F. E.* p. 29.

Pourtant dans aucun cas, l'indétermination du texte ne laisse une liberté quelconque au fonctionnaire, puisqu'il est tenu d'agir suivant l'intérêt général, d'exercer ses fonctions avec sérieux et conscience (*Jahrbuch* p. 80, *Zur Lehre* p. 12). « La liberté que retient BERNATZIK c'est celle de dire si une chose est ou n'est pas. Mais il n'y a pas de choix dans la cons-

tation du réel ; le choix ne peut exister qu'entre deux actions, ou une action et une abstention, et non entre l'existence ou l'absence d'un fait ». (*Jahrbuch* p. 105). Même lorsqu'elle émet un avis d'expert, l'Administration n'est pas libre. Sans quoi « il faudrait dire que le juge est libre de dire si une personne est coupable ou non ». (*Zur Lehre* p. 15).

Que reste-t-il donc pour fonder l'incompétence du juge administratif ? Les difficultés que présente la solution de la question posée ? Mais depuis quand de semblables difficultés excluent-elles l'interprétation des tribunaux ? Certaines lois de droit privé sont des plus confuses, et pourtant le juge qui refuserait de les interpréter commettrait un déni de justice. Avec le système de BERNATZIK on doit même prétendre que le juge ne peut dire quand un concept cesse d'être précis, car il peut y avoir là une question délicate ; il faudrait laisser à l'Administration active la compétence des compétences.

Ces conséquences insoutenables révèlent une erreur initiale : si difficile qu'elle puisse être, la *qualification* d'un fait appartient toujours au juge, même là où la *constatation* est réservée par la loi à l'Administration (*F. E.* page 135). Le développement des concepts dont se sert la loi est exclusivement affaire de juridiction (*F. E.* page 28). Il en est notamment ainsi pour la notion d'intérêt public (*Zur Lehre*, page 66, *F. E.* page 30). Tout concept dont se sert la loi est un concept juridique qui doit être interprété par le juge, à moins que la loi n'en décide autrement de façon expresse (*Zur Lehre* page 121).

Les tribunaux prussiens s'assurent que l'ordre, la tranquillité, la santé publiques étaient vraiment en jeu, qu'un stand de tir interdit, une réunion projetée et dont l'autorisation a été refusée, etc..., présentaient un danger réel. L'exemple prussien s'impose partout. Il marque un progrès pour la sécurité juridique de l'individu. Les juges n'ont pas besoin d'une habilitation légale pour l'accomplir.

L'Administration a tendance à rechercher le moyen qui lui paraît le plus simple et le plus rapide. Il faut voir s'il était nécessaire d'adopter un moyen aussi incommode pour l'individu, et même apprécier la *valeur* des moyens employés. Il n'y a pas à distinguer en effet le contrôle de la nécessité ou de l'opportunité d'une mesure de police, et le contrôle de sa légalité ; les deux questions n'en font qu'une partout où l'autorité

ne peut imposer à l'individu que ce qui est nécessaire à un but déterminé. La nécessité de l'intervention est alors une condition de sa légalité (*Zur Lehre* p. 93 et suiv.). Voir aussi *F. E.* p. 35 et suiv. et les exemples cités ; nécessité d'établir une école, d'interdire une réunion.

Rien ne doit empêcher les tribunaux de remplir cette mission. On a fondé (*Grunhut* p. 366) une juridiction administrative dans les formes et avec les garanties d'une justice impartiale et libre. « C'est en raison de cette forme que des autorités, qui participent cependant à l'Administration, ne sont pas appelées « administratives. »

Pourquoi l'existence d'une difficulté excluerait-elle le contrôle de ces autorités ? « Le contrôle de l'erreur juridique, est un contrôle suivant la procédure de justice, à la requête d'un particulier, pratiqué pour rechercher si l'Administration n'a pas causé à l'individu un préjudice illicite, que celui-ci soit imputable à une erreur sur les faits ou à une fausse interprétation de la loi. » Il faut renverser le jugement de valeur traditionnel sur la juridiction (*F. E.* page 154), donner à celle-ci la place qui lui revient fait prévaloir le point de vue objectif du juge sur le point de vue subjectif de l'administrateur. Et TEZNER cite des appréciations « évidemment fausses » dont on ne saurait admettre la consécration.

34. Ce serait cependant une erreur de croire que la thèse de TEZNER limite la compétence des tribunaux à la répression d'abus graves. Il admet, nous venons de le voir, un contrôle de l'opportunité, et on cherche finalement en vain, dans toutes ses études, une limitation efficace des investigations juridictionnelles.

TEZNER, il est vrai, a voulu faire appel à la notion si vivace dans la doctrine allemande de « droit subjectif public. » — « Le tribunal administratif n'est pas appelé à apprécier la légalité de toute décision administrative, mais seulement de celle qui statue sur les droits et les devoirs des individus, ou sur des réclamations susceptibles d'avoir un contenu juridique. » (*Zur Lehre* p. 30) ; elle est liée (*Jahrbuch* p. 72) à l'existence de droits individuels, et « tout le monde est d'accord pour distinguer les droits et les intérêts. » L'individu ne peut généralement invoquer la violation du droit objectif. (*Zur Lehre* p.

10-17) attaquer par exemple les actes de tutelle. La juridiction administrative n'a pas à dire si l'Administration commet en général un acte illicite, mais si elle en commet un vis-à-vis de l'individu (*Zur Lehre* p. 419) id. (*Grunhuts* 1892 p. 391 et suiv.).

Dès lors, (*Jahrbuch* p. 86) même dans les cas où la loi interdit un acte déterminé, son accomplissement peut ne pas fonder un droit de recours « il faut voir, si les prescriptions légales ne sont que des instructions, ou si elles garantissent des droits ; réserve de pouvoir au profit de l'Etat, ou garantie d'un pouvoir de l'individu, c'est là qu'est la question. » Il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire pour le choix des buts, mais seulement une liberté à l'égard des recours individuels qui peut coexister avec une compétence liée par des instructions. (Voir aussi *Zur Lehre* p. 20). Le sens véritable du prétendu pouvoir discrétionnaire c'est donc l'incompétence des tribunaux là où il n'y a pas de droit subjectif en jeu.

Mais en réalité cette limitation n'a aucune portée pratique TEZNER l'annule par une multiplication arbitraire des prétendus droits individuels : Droit pour l'individu à une application *équitable* d'une loi ; droit d'exiger une décision sérieusement et réellement motivée, une procédure *convenable* ; droit à un usage *sérieux* du pouvoir d'appréciation de l'autorité (*F. E.* p. 56) ; droit à l'égalité répartition des charges publiques (*Zur Lehre* p. 413) etc.

Le refus d'une autorisation lui-même ne doit pas blesser l'égalité : « dans l'Etat de droit les actes constitutifs de droits individuels ne sont pas des faveurs, mais les conditions de développement des valeurs individuelles, qui ne sont pas directement livrées aux individus parce que la loi ne peut, elle-même contenir toutes les conditions de leur usage », etc... etc.

On s'explique dès lors que TEZNER ait pu critiquer les efforts de ceux qui, comme LAUN, veulent introduire le détournement de pouvoir français dans le droit allemand. C'est une institution inutile : une interprétation extensive de la violation de la loi permet d'aboutir aux mêmes résultats. Le détournement de pouvoir religieux est une violation de la liberté de conscience. L'expropriation pour un but étranger à l'utilité publique est une violation de la loi qui prévoit l'expropriation pour cause

d'utilité publique. Le refus d'une cabine de bains est une violation de la règle de droit qui prescrit le libre usage de la plage. La dissolution d'un conseil municipal pour irrégularités électorales, n'est pas un détournement de pouvoir, mais une violation de la loi électorale (1).

35). Le système de TEZNER repose ainsi, en définitive, sur un individualisme assez naïf qui, après avoir multiplié à plaisir les droits de l'homme, peut évidemment craindre leur violation dans tout acte administratif. Citer à tout instant, comme le fait TEZNER, des exemples d'abus intolérables, que le juge ne saurait laisser impunis, c'est oublier le véritable problème : D'une part les erreurs grossières, évidentes de l'Administration s'expliquent par la mauvaise foi ou l'étourderie du fonctionnaire. Or l'intervention du juge ne remédie à ce danger que si on le suppose plus consciencieux qu'un autre agent. Ce qui joue ici, c'est donc une question de bon recrutement, qui n'a rien à voir avec l'extension de la compétence juridictionnelle.

D'autre part et surtout, le plus souvent, lorsqu'il s'agit de règles imprécises, l'erreur est beaucoup moins facile à établir : il n'y a même pas, à proprement parler, erreur, mais simplement comme l'avait très justement dit BERNATZIK existence de deux conceptions différentes, entre lesquelles la raison seule ne peut imposer le choix. Tout se ramène alors à savoir quelle est l'autorité la mieux placée, a priori, pour avoir la conception de l'intérêt général, la mieux adaptée aux croyances d'une société donnée. C'est le problème *politique* de la répartition du pouvoir discrétionnaire que TEZNER ne soupçonne même pas, se bornant à dire que l'administrateur le plus honnête est avant tout préoccupé de réaliser ce qui lui paraît le plus important, le droit individuel lui semblant une gêne (*Zur Lehre* p. 103), que l'Administration n'offre jamais de garanties contre elle-même (*Zur Lehre* p. 89).

Mais il faut savoir si l'intervention du juge, intermittente,

(1) A côté d'observations prouvant une complète méconnaissance de la signification du détournement de pouvoir en droit français, on trouve chez TEZNER des remarques très fines (*FE* p. 82-97 et *Jahrbuch*) sur l'étendue des pouvoirs discrétionnaires de notre Conseil d'Etat et sur leur explication historique.

lointaine, peut être mal éclairée, pour éviter ce mal, n'en provoquera pas un plus grand. Dire que les « tribunaux administratifs combattront les troubles économiquement nuisibles ou l'étranglement de fructueuses possibilités de développement », c'est révéler des préoccupations libérales, ce n'est pas en assurer le succès. On ne répond pas non plus à l'argument qui invoque les inconvénients de la « Doppelverwaltung », en déclarant que celle-ci est inséparable de l'existence d'une juridiction administrative (*Zur Lehre* p. 18), car il reste à savoir s'il n'y a pas lieu pour cette raison de restreindre à la fois l'une et l'autre.

Ainsi la doctrine de TEZNER inspirée par un individualisme exclusif ignore complètement un aspect essentiel de la question : le problème politique de la répartition du pouvoir discrétionnaire. On peut peut-être préconiser la compétence universelle des tribunaux pour toutes les questions, mais du moins faut-il aborder le problème de front, ne pas raisonner sur les divergences d'opinions possibles avec des exemples dans lesquels l'une des opinions constitue une erreur évidente, ne pas déduire de la difficulté d'une délimitation entre les diverses catégories de règles de droit, l'identité foncière de toutes ces règles.

L'erreur de TEZNER prouve le danger de suivre dans cette matière jusqu'au bout les conséquences d'une discussion de mots. On reconnaît d'ailleurs dans cette discussion elle-même la démarche que nous avons déjà relevée chez BERNATZIK. Lorsqu'on a admis que la maxime « Agis comme tu le crois conforme à l'intérêt général » est une règle de droit que l'autorité exécutive ne fait jamais qu'appliquer, on est facilement amené à dire qu'entre les différentes règles de droit, il ne peut y avoir de différence tranchée, que de la précision à l'imprécision, la transition est insensible ; que toutes les applications du droit se ressemblent et que dès lors il n'y a pas de raisons pour que le juge ne les contrôle pas toutes.

Après avoir introduit partout le mot « application du droit » (c'était l'œuvre de BERNATZIK) on introduit partout le régime traditionnel de l'application du droit (c'est l'œuvre de TEZNER).

Si ses conclusions extrêmes n'ont jamais été adoptées par la jurisprudence autrichienne, l'influence de sa doctrine n'en a pas moins été certaine. Les derniers ouvrages de TEZNER ci-

tent des exemples de plus en plus nombreux de définitions vagues dont la jurisprudence assure le contrôle. Il y a eu (voir notamment sur ce point son livre *F. E.*) une évolution du droit positif autrichien, dans le sens d'une compétence accrue du juge, l'article 129 parag. 3 de la Constitution Fédérale indique du reste que le juge peut vérifier s'il a été fait du pouvoir discrétionnaire un usage conforme à *l'esprit* de la loi (v. ci-dessus, p. 59). Cette compétence a bénéficié d'une réaction des pays de langue allemande contre leur tradition absolutiste — réaction nourrie par le mouvement socialiste et démocratique avant la guerre — par la défaite et la Révolution depuis.

Mais l'ensemble de la doctrine de TEZNER qui préconise la compétence universelle des tribunaux et méconnaît ainsi le droit positif en lui opposant des arguments qui ne sont souvent pas pertinents, reste pratiquement et théoriquement peu satisfaisant, nous l'avons vu. En montrant ainsi que la méthode de BERNATZIK interdit de tracer des limites précises aux pouvoirs du juge, TEZNER suggère l'idée de chercher une autre méthode, de rejeter le pouvoir discrétionnaire en dehors du droit et d'opposer non plus l'application des règles imprécises et l'application des règles précises, mais l'application du droit et le pouvoir discrétionnaire.

36. C'est ce que s'efforcera de faire RUDOLF VON LAUN en recourant notamment au droit public français, à la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'il connaît et comprend remarquablement.

Pouvoir discrétionnaire et application de la loi sont pour LAUN, inévitables l'un et l'autre, c'est ce qui rend commun à tous les Etats modernes le problème du pouvoir discrétionnaire et du contrôle de ses excès. La nature des choses permet donc seule d'interpréter les dispositions des divers droits positifs.

On s'accorde, dit LAUN, à voir dans le pouvoir discrétionnaire, la liberté de l'Administration à l'égard de la Loi. Dès 1833, STAHL opposait l'administrateur qui, dans le cadre de la loi, est libre de poursuivre de son mieux l'intérêt général, au juge qui doit avant tout appliquer les lois ; avec des diver-

gences de détails les auteurs allemands, français et italiens sont restés fidèles à cette conception.

Pourtant dans certains cas, la loi fixe son but à l'Administration, et laisse au contraire une grande liberté au juge. De même il y a (p. 27) une transition par paliers et non une opposition de principe entre la liaison par la loi et le pouvoir discrétionnaire. On en arrive alors à atténuer l'opposition du juge et de l'administrateur.

De là les contradictions de la jurisprudence qui fait ressortir une même question tour à tour au pouvoir discrétionnaire de l'Administration et au contrôle juridictionnel. Mais ces contradictions prouvent précisément la nécessité de retrouver une délimitation nette.

Pour cela il faut voir si la loi pose elle-même le *but* à poursuivre (« *Gesetzliche Gebundenheit* ») ou bien si elle en laisse le soin à l'organe exécutif.

Dans le premier cas, la loi, si précise soit-elle, ne réduit jamais le juge à un rôle mécanique. Il reste toujours des problèmes imprévus à résoudre, il y a un « *Ermessen* » (une appréciation). L'organe exécutif, juge ou administrateur, devra examiner les faits, analyser un concept légal (bon père de famille, par exemple). Mais dans tous ces cas (p. 55) il n'a jamais qu'une seule chose à faire : exécuter la volonté légale, retrouver ce que le législateur aurait fait à sa place. Il n'a pas à faire état de ses convictions personnelles, à réaliser par exemple ses conceptions de la politique sociale, la latitude qui lui est laissée lui permet seulement de mieux poursuivre le but de la loi.

Quand le juge a la latitude de fixer la peine entre deux et cinq ans, dira LAUN — il n'y a qu'une seule durée — 3 ans par exemple, qui dans tel cas particulier répond au vœu de la loi. Entre ce « *gebundenes Ermessen* » et la liaison stricte ou compétence liée proprement dite (« *striktegebundenheit* »), pas de différence fondamentale « dans l'un comme dans l'autre cas, la décision est théoriquement déterminée d'une seule manière possible. »

Il en est tout autrement lorsqu'il y a pouvoir discrétionnaire. Les organes de l'Etat (p. 64) sont alors autorisés à déterminer eux-mêmes, en toute conscience, mais selon leur volonté et leur conception propres, ce qui devra être le prochain

but immédiat de leur action. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que leur choix ne soit pas influencé par le législateur comme il l'est là où la loi se sert d'un « *dehnbare Begriff* » (1) ; il faut que l'Administration soit élevée par sa liberté sur le plan même du législateur.

Mais elle conserve cette situation si la loi parle « *d'intérêt public* » (p. 68) « la catégorie de l'intérêt public est fondamentalement différente de toutes les autres catégories employées par la loi, celles-ci signifient liaison, celle-là est la négation de la liaison, elle signifie la libération de la puissance exécutive du devoir d'obéissance envers la puissance législative. C'est un blanc seing, une norme en blanc ; l'Administration doit remplir le vide, selon sa propre conviction. Ce que l'autorité tient pour l'intérêt public est réellement tel au sens juridique. »

Si telle est la nature du pouvoir discrétionnaire, on reconnaît que la loi a entendu consacrer ce pouvoir (p. 79) : a) aux termes mêmes qu'elle emploie : intérêt public, nécessité, etc.. etc. ; l'agent se crée alors lui-même la majeure de sa conclusion par sa conception du service, de l'intérêt public ; b) à la forme facultative « l'autorité peut » ; c) à l'emploi des concepts dont l'interprétation dépend de la conception qu'on se fait de l'intérêt public. Les opinions politiques influent par exemple sur la reconnaissance de l'utilité publique dans une expropriation (p. 67) ; sur les conditions de nationalité ou de confession auxquelles on subordonne la qualité de « personne de confiance. » C'est là une question d'espèce.

37. « Ce n'est que dans la mesure où il est lié qu'un acte administratif est un objet de contrôle juridictionnel » (p. 102 et suiv.), « les formes de la procédure juridictionnelle, la publicité, l'obligation de motiver, etc... n'ont de sens que par rapport à la subsumption sous des normes de droit. Il s'agit d'ouvrir à tous une possibilité de critique là où chacun peut juger. Mais dans les matières de pouvoir discrétionnaire où chacun conserve sa manière de voir, à quoi servirait d'en appeler au juge ? Les garanties d'objectivité et d'indépendance qu'il représente ne sont plus, lorsqu'il s'agit de question d'opportu-

(1) Littéralement : concept élastique.

nité, que l'indépendance de tout contrôle politique. » Ce n'est que là, ajoute Laun, qu'on peut parler de Doppelverwaltung. Dans ces cas seulement, le juge fait valoir son propre point de vue et non la simple volonté de la loi. En fait du reste, le juge n'est compétent dans ces matières que là où il est imparfaitement séparé de l'administration active ; et LAUN cite l'exemple de la Prusse, de la Saxe, etc.. (voir p. 107) (1).

38. Si tel est l'effet normal du pouvoir discrétionnaire, il est essentiel de tracer dans chaque cas ses limites. Celles-ci sont de deux sortes : il y a les « limites externes » et les « limites internes » (p. 114) celles que méconnaît le détournement de pouvoir (ou « Ermessensüberschreitung »), réprimé par la jurisprudence française.

Ce vice ne peut exister que là où il y a un pouvoir discrétionnaire, se rapporte à la moralité administrative et non la légalité externe ; on tenterait, en effet, en vain d'assimiler le concept d'employé sérieux, qui fonde cette jurisprudence, à ceux de bon père de famille, ou de commerçant diligent, qui intéressent l'appréciation liée ; ces derniers concepts ne laissent place qu'à une application de la loi, parce qu'ils se réfèrent à des êtres *donnés* dans la vie sociale, réalisés en milliers d'exemplaires, indépendamment du droit. Ils désignent des hommes libres qui agissent suivant leur intérêt, lequel préexiste à la loi. La tradition administrative au contraire n'a pas comme les mœurs du commerce privé, une existence indépendante, elle n'est donc pas une limitation externe. Qu'est-ce qui remplace l'intérêt privé pour l'administrateur ? C'est (p. 153) la volonté de la majorité parlementaire, mais elle ne trouve pas son commentaire dans une réalité sociale : le détournement de pouvoir est ainsi un contrôle distinct des contrôles de l'appréciation liée.

Quelles sont donc les limites internes ? A) Tout d'abord la limitation *subjective* qui distingue le pouvoir discrétionnaire

(1) De même (pages 94 et 102), il y a incompatibilité entre le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et le droit subjectif de l'individu. La reconnaissance d'un pareil droit implique en effet que les considérations d'opportunité, si importantes soient-elles, ne pourront lui faire échec. Mais LAUN prétend non sans contradiction (p. 74) que toute compétence liée n'engendre pas un droit subjectif.

de l'arbitraire ; le fonctionnaire est toujours lié parce qu'il considère comme l'intérêt public : l'« Ermessen missbrauch » lui demeure interdit et des sanctions disciplinaires le répriment. Mais étant donné la liberté de l'Administration, cette limitation n'est pas très gênante : donner la préférence, pour une nomination, à un candidat d'une confession, d'une nationalité ou d'une origine sociale déterminée, voire même à un ami que l'on connaît bien, cela peut se légitimer par une conception de l'intérêt de service ; pour qu'il y ait faute personnelle, il faudrait qu'on ait agi sciemment contre l'intérêt public (p. 183).

B) Mais la loi peut avoir ajouté à cette limite subjective des limites internes *objectives* ; elle le fera *positivement* en énumérant les buts que pourra poursuivre l'Administration ; celle-ci ne peut-elle agir que dans un but de police ? La jurisprudence annule l'interdiction d'ouvrir une carrière fondée seulement sur la gêne que cette carrière apporterait à la circulation ferroviaire. Inversement il y a des limites *négatives* ; là où la loi proclame l'égalité des confessions, l'employé ne peut avantager un candidat pour des motifs religieux.

La poursuite d'un but prohibé par la loi est alors une « Diskretion verletzung. »

C) Et si l'auteur de l'acte ne s'est pas proposé de poursuivre ces buts prohibés, s'il les sert malgré lui par l'économie même des moyens employés, il y a *aberration* dans l'appréciation « Ermessenverirrung. »

Encore que seuls ici les tribunaux français et prussiens aient compris leur rôle, la compétence du juge sur ces questions est conforme à la nature des choses. L'individu a en effet un droit subjectif dont il peut, selon LAUN, démontrer la lésion par n'importe quel moyen : aveu du fonctionnaire, circonstances de la cause, utilité possible de la mesure. La modicité de la taxe perçue dans des bains municipaux prouve ainsi, en France, qu'ils ne constituent pas une entreprise commerciale ; l'absence d'accident pendant cinq ans à une barrière, prouve en Prusse qu'on a eu tort d'exiger une installation supplémentaire.

39. Mais s'il en est ainsi, le contrôle du juge apparaît comme étrangement élastique et on ne voit plus comment LAUN

l'empêchera de connaître des questions d'opportunité qu'il lui avait interdit un peu plus tôt. Nous apercevons alors ce qui distingue véritablement les « limites internes » des « limites externes » : le contrôle du pouvoir discrétionnaire que les premières impliquent inévitablement.

La différence que prétend établir LAUN est par contre factice. De deux choses l'une, en effet, ou bien les prétendues « limites internes » sont des limites posées par la loi (c'est le cas lorsque celle-ci prohibe le but confessionnel par exemple) et alors ce sont des limites externes plus difficiles à tracer seulement ; ou bien elles ne sont pas dans la loi et elles ne sont plus du tout des limites juridiques. C'est la seconde réponse qui est vraie le plus souvent.

La dénomination adoptée traduit du reste elle-même la contradiction de la pensée : une « limite » sépare en effet deux espaces juxtaposés, par conséquent extérieurs l'un pour l'autre. Il est donc contradictoire de parler de « *limite interne* » ; cela équivaut à dire qu'il y a à l'*intérieur* d'un pouvoir quelque chose qui lui est *extérieur*. C'est évidemment impossible : la limite est donc externe, ou n'est pas une limite. La tentative de LAUN n'en est pas moins significative : Connaissant le droit français, il a senti la difficulté d'expliquer certains faits jurisprudentiels par le contrôle classique de légalité : il a voulu en assouplir la notion, il ne pouvait y parvenir sans la dénaturer. Mais l'erreur initiale du système, celle que nous allons retrouver encore plusieurs fois, était d'avoir voulu limiter « a priori » le juge au contrôle de légalité, d'avoir opposé à l'administrateur qui n'applique la loi que parce que sa violation serait inopportune, le juge qui ne recherche l'opportunité que pour répondre au vœu de la loi (p. 245) LAUN s'est ainsi condamné à déguiser en soi-disant contrôles de légalité tous les contrôles d'opportunité pratiqués par la jurisprudence ; il a dû feindre une volonté du législateur, que le juge découvrirait dans le « Gebundenen Ermessen » notamment, là où, par hypothèse, la loi est muette, puisqu'elle laisse le choix au juge entre deux peines ; si le juge français, dit-il, statue sur l'autorisation d'ouvrir un établissement insalubre, c'est qu'il s'agit en réalité d'une matière de compétence liée ; enfin il a dû voir dans le commentaire des définitions imprécises, une application de la loi.

Cette dernière thèse l'aurait ramené tout droit au système de TEZNER s'il n'avait opposé le concept d'intérêt public à tous les autres. Mais pourquoi la mention de *l'intérêt public* est-elle seule compatible avec l'existence d'un pouvoir discrétionnaire qu'exclut la mention de *l'ordre public*. LAUN doit reconnaître lui-même l'arbitraire de la distinction. « De la plus stricte à la plus vague des normes, il n'y a qu'un passage insensible, nulle part il n'est possible de tracer une frontière nette (p. 258) ». C'est pourquoi « l'appréciation liée n'est qu'une variété de la compétence liée proprement dite et c'est pourquoi il faut une convention arbitraire pour arriver à exclure le pouvoir discrétionnaire de cette assimilation : LAUN demande finalement que la loi, par sa rédaction, indique elle-même le type du pouvoir qu'elle confère.

Parle-t-elle d'obligation (mussen ou sollen) il y aura appréciation liée. Parle-t-elle de pouvoir (konnen dürfen), de bien commun ou d'intérêt public, il y aura pouvoir discrétionnaire. Lorsque les lois nouvelles auront suivi ce système et lui auront permis de faire ses preuves on pourra réviser les lois antérieures et modifier leur rédaction pour la faire concorder avec cette division bipartite (p. 249 et suiv.).

Ainsi, après avoir invoqué la nature des choses, la doctrine demande au législateur de la fixer. S'imaginer-t-elle qu'il est plus qualifié, croit-elle qu'il suivra infailliblement le petit vocabulaire juridique qu'on lui propose. Est-il politique de risquer la création ou la destruction de contentieux entiers sur une distraction des auteurs d'une loi ?

La doctrine qui veut ramener le contrôle juridictionnel à un contrôle de légalité aboutit ainsi à un échec. Les tentatives des successeurs de LAUN seront-elles plus heureuses ?

40. WALTER JELLINEK s'attache d'abord à délimiter plus soigneusement que ne l'ont fait ses prédécesseurs, la notion du pouvoir discrétionnaire : « La liberté n'est qu'une négation qui ne dit rien de ce qui est nié » ; il faut préciser en quoi la liberté laissée dans l'application de la loi, diffère du pouvoir discrétionnaire proprement dit.

La loi, dit JELLINEK se réfère toujours à quelque chose d'extérieur à elle-même : elle pose une question dont elle demande la solution, tantôt à la réalité, tantôt à la science ; tan-

tôt à un droit étranger, etc... Ce qui est essentiel, c'est la source à laquelle est empruntée la réponse. La loi, si elle se réfère à la réalité, n'entend bien entendu sanctionner que la réponse exacte. Elle ne donne pas place aux conceptions subjectives : l'interprète a bien une liberté de méthode, celle qui est inhérente à toute connaissance scientifique, ou historique (la prétendue liberté de la qualification n'étant pas autre chose). Mais rien de tout ceci ne consacre un véritable pouvoir discrétionnaire ; la plupart des concepts vagues ne laissent pas davantage place à la liberté de l'autorité exécutive : Il y a un jugement commun sur les valeurs esthétiques (p. 62), sur l'équité, l'ordre public, l'urgence d'une mesure (p. 320), et même, jusqu'à un certain point, sur l'intérêt public, c'est la société qui donne leur contenu à ces concepts, détermine même parfois les *fins* que peut poursuivre la police.

En précisant toutefois davantage encore, on s'aperçoit que l'indétermination d'un concept a deux limites ; il y a des choses qui n'y sont certainement pas comprises ; d'autres qui y sont certainement comprises. Le pouvoir discrétionnaire est situé entre ces limites tracées par la société « il est la délimitation d'un concept indéterminé opérée individuellement, à l'intérieur de ses limites (sociales) (p. 89) ; » il n'existe véritablement (c'est une nouvelle restriction) que pour les concepts impliquant un jugement de valeur. Une fois le but choisi, en effet, la liberté de l'exécutant n'existe théoriquement pas : il n'a plus qu'à trouver le meilleur moyen de réalisation.

Mais si la société ne dicte pas la fin poursuivie, l'agent en a le choix, et c'est là une liberté réelle. En définitive, « le pouvoir discrétionnaire c'est l'opinion individuelle, exempte de vices, sur la valeur propre d'une certaine réalisation lorsque cette opinion est tenue pour décisive par le droit (page 89). » Le législateur interroge l'organe étatique et s'en remet à lui de la décision à prendre. Et c'est pourquoi le pouvoir discrétionnaire n'est pas une application de la loi ; alors que les autres libertés ne sont que des libertés de méthode, lui seul est véritablement créateur.

L'existence de ce pouvoir exclue la possibilité d'un contrôle de l'erreur juridique (p. 113 et suiv.) qui n'est possible que là où l'opinion individuelle de l'organe étatique n'est pas tenue pour décisive par la loi. Là où il y a pouvoir discrétion-

naire, il n'y a place que pour un contrôle de l'opportunité qui permet à une opinion individuelle de l'emporter sur une autre. En fait la juridiction administrative (p. 197 et suiv.) n'exerce presque jamais ce contrôle : discutant les cas de pouvoir discrétionnaire juridictionnel, souvent donnés en exemple, JELLINEK y voit l'application de concepts dont la société détermine le contenu. Seuls parfois en Prusse, les tribunaux inférieurs ont ce pouvoir ; c'est parce que leur composition les mêle à l'administration active. Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire est donc concevable, mais la pratique y répugne, sauf peut-être pour les questions de procédure.

41. Ayant admis ces principes JELLINEK va se trouver entraîné dans la même voie que LAUN : restreignant le plus possible la notion du pouvoir discrétionnaire, il élargit celle de violation de la loi, y faisant rentrer l'impropriété du moyen, trop énergique ou trop bénin, l'action de la police dans l'intérêt d'individus et non dans celui de la collectivité (à moins que les individus ne soient assez nombreux pour que leur intérêt devienne un intérêt public). Certaines mesures violeront encore la loi parce qu'elles se trouveront en contradiction avec la réalité. L'Administration devra aussi restreindre le moins possible la liberté individuelle, dû la commodité de la police en souffrir ; elle ne devra agir que pour des raisons sérieuses, respecter le droit d'égalité (p. 325 et suiv.) : si la police a toléré la construction de trois maisons, avec cubage d'air insuffisant, elle ne saurait interdire une quatrième construction faite dans des conditions identiques

L'erreur commune à LAUN et à JELLINEK a donc toujours la même conséquence : une extension arbitraire de l'idée de légalité, pour lui permettre d'expliquer toute la jurisprudence. Ayant commencé par supposer des règles de droit pour expliquer les interventions acquises du juge, on en formule ensuite pour fonder les interventions qu'on croit désirables. Ainsi entendue, la légalité n'exclut plus aucun arbitraire ; et il suffit d'entendre ces règles extensivement pour supprimer, en fait, comme TEZNER toute sphère réservée à l'Administration.

JELLINEK ne va toutefois pas jusque-là ; mais comme il prétend respecter un certain pouvoir discrétionnaire qui ne saurait cependant être l'arbitraire (p. 138) il est conduit à

distinguer, pour fonder un nouveau contrôle juridictionnel, des fautes d'appréciation (« Ermessens fehler ») là où LAUN affirmait l'existence des limites internes.

Les listes des deux auteurs ne concordent d'ailleurs pas : pour JELLINEK (p. 335 et suiv.).

a) L'Administration ne doit pas se tromper sur l'étendue de ses pouvoirs, croire qu'elle est liée, *obligée* de refuser là où elle a, en réalité, un pouvoir discrétionnaire.

b) Ni, inversement, se croire encore libre là où elle ne l'est plus.

c) Elle ne peut davantage agir selon son bon plaisir.

d) Elle doit considérer les circonstances favorables à l'administré ; avant d'interdire par exemple à un maréchal-ferrant de ferrer ses chevaux sur la voie publique, l'autorité doit songer à l'importance du tort qu'elle lui cause. La police doit arbitrer les intérêts publics et privés : « Les résultats de cet arbitrage ne peuvent être contrôlés par le juge administratif, mais il peut voir si la police a tenu compte de l'intérêt privé. » Il y a ainsi un véritable droit subjectif à la « prise en considération de l'intérêt individuel. » Les tribunaux prussiens annulent ainsi, pour non considération de l'intérêt privé, les mesures qu'ils jugent abusivement rigoureuses.

e) On ne doit pas retenir contre l'administré un fait inexact. Ce que le tribunal administratif ne doit pas contrôler, c'est l'opinion « individuelle » de la police sur le bien et le mal, mais il peut contrôler son opinion sur le vrai ou le faux, le réel ou l'irréel.

f) Elle ne doit pas poursuivre un but prohibé, frapper par exemple le forgeron parce qu'il est étranger (c'est notre détournement de pouvoir).

g) Elle ne doit pas faire preuve de négligence lorsqu'elle pèse les intérêts en présence, sacrifier le forgeron parce qu'un automobiliste isolé s'est plaint par hasard ; le tribunal doit déclarer un tel motif inadmissible.

h) Elle ne doit pas procéder arbitrairement, ni sans raisons ; c'est ce qu'elle ferait en traitant inégalement deux administrés.

i) Enfin les moyens doivent être en rapport avec la fin ; on doit avoir procédé logiquement (1).

42. Nous avons tenu à reproduire cette énumération parce qu'elle montre comment pratiquement les fautes d'appréciation du droit allemand se rapprochent souvent de certains vices du pouvoir discrétionnaire en droit français. Mais on peut faire à cette classification plusieurs griefs, *a)* elle est souvent arbitraire ; tout en visant des *fautes* d'appréciation qui *seules* légitimeraient un contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, elle n'apporte aucune limitation sérieuse à ce contrôle. Il n'est guère d'appréciation administrative qu'on ne puisse contrôler en invoquant les règles *d. e. g. h. i.*

b) JELLINEK reconnaît plus nettement que ses prédécesseurs l'existence d'un contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, mais en le faisant dépendre de certaines fautes d'appréciation qu'il énumère, il lui prête une rigidité fictive ; il l'isole aussi artificiellement de toutes les interventions juridictionnelles qu'il croit avoir réussi à expliquer par le contrôle de légalité, et il est lui-même obligé de reconnaître, à propos des deux dernières fautes d'appréciation, qu'il en a aussi fait des violations de la loi, avouant ainsi l'incertitude de sa classification.

c) Le principe même de la compression du pouvoir discrétionnaire qu'il a tentée est faux : nous avons déjà indiqué (chap. II) ce qu'avait de mystique l'idée de la société prêtant un contenu déterminé à un grand nombre de concepts vagues : le plus souvent on suppose une unanimité sociale inexistante.

d) De même en ce qui concerne l'opposition de la liberté de méthode et du pouvoir discrétionnaire l'idée exacte suivant laquelle il n'y a pas de liberté dans la constatation du vrai et du faux conduit JELLINEK à une confusion déjà commise par

(1) Le déguisement d'un acte, ce que JELLINEK appelle le « paravent » ou Vorwand, n'est pas une cause de nullité. Si l'Administration peut — une fois l'inexactitude du motif apparent établie — donner à son acte un autre motif licite (comp. ci-dessous n° 97 f.), c'est au requérant à prouver que ce nouveau motif n'est, lui aussi, qu'un paravent.

TEZNER. Sans doute la constatation des faits n'implique aucune liberté : la prévision de l'insalubrité d'une usine projetée, ne laisse aucune place à un pouvoir discrétionnaire chez l'expert : mais comme, le plus souvent, on n'arrive pas à savoir à coup sûr s'il y aura insalubrité ou quelle en sera l'importance, la question posée à l'autorité publique se ramène à savoir si, étant donné un nombre déterminé de chances, une *possibilité* ou une *probabilité* d'insalubrité, il y a lieu de prendre une certaine mesure. Et comme la loi ne fixe pratiquement jamais le degré exact du danger qu'elle entend prévenir, l'autorité exécutive a un pouvoir discrétionnaire pour compléter cette loi : l'incertitude des faits crée une situation qui révèle l'indétermination légale.

Les distinctions de JELLINEK et de TEZNER démontreraient donc ce qu'en attendent leurs auteurs, restreindraient vraiment le pouvoir discrétionnaire, si la liberté de la méthode scientifique aboutissait toujours à des conclusions certaines sur les faits. Il n'en est pas ainsi le plus souvent ; l'échec, même partiel, de la liberté scientifique fait place à la liberté d'action qui doit créer des règles s'adaptant à des probabilités, la loi n'ayant le plus souvent réglementé que des certitudes (1).

Ainsi élargissement fictif de la légalité et restriction artificielle du pouvoir discrétionnaire, inspirées sans doute par l'idée que ce pouvoir discrétionnaire là où il existe devrait exclure la compétence des tribunaux, ces erreurs initiales entachent encore d'arbitraire et d'incertitudes les conclusions de JELLINEK. S'il parvient à admettre un certain contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, il y voit une exception qu'il ne réussit pas à délimiter nettement et qui l'empêche de saisir l'unité profonde de son sujet.

43. A la différence de ses prédécesseurs OTTMAR BÜHLER entend faire une étude de droit positif, mettre seulement un peu d'ordre dans ce qu'on a trop souvent confondu, apporter à la délimitation des pouvoirs juridictionnels une contribution plus positive que celle de la doctrine antérieure.

Pour y parvenir il faut selon lui recourir à la notion de

(1) Ce n'est là qu'un autre aspect du problème de la qualification (voir ci-dessus p. 15).

droit subjectif public (« Subjektives offentliches Rech. »)

Une règle de droit comporte un droit subjectif pour le sujet quand : 1) elle a un caractère obligatoire, c'est-à-dire quand elle exclut le pouvoir discrétionnaire de l'Administration pour son application ; 2) elle est édictée pour la satisfaction de certaines personnes, ou de certains groupes, dans leurs intérêts individuels, et non pas seulement dans l'intérêt de la communauté ; 3) ses bénéficiaires peuvent l'invoquer, s'en prévaloir, afin d'amener une certaine attitude de l'Administration (p. 24).

C'est une règle qui confère à l'homme un pouvoir de volonté, une « Willensmacht » contre l'Etat, le pouvoir d'exiger de lui quelque chose (p. 224). (Idem. article paru dans les *Mélanges Fleiner*, p. 26 et suiv.).

Le premier élément de la définition donnée oblige BÜHLER à étudier la notion de ce pouvoir discrétionnaire qui exclut pour l'administré l'existence d'un droit subjectif.

« L'origine de la liberté qui existe dans le pouvoir discrétionnaire, c'est le fait que le législateur abandonne au fonctionnaire le soin de se faire une opinion sur la question de savoir si, dans l'ensemble, telle mesure répond au but de l'Etat, et d'agir en conséquence. Le pouvoir discrétionnaire c'est la possibilité donnée à une autorité de prendre une décision sur une mesure administrative, suivant qu'elle considère celle-ci comme valable ou non du point de vue des exigences des fins de l'Etat ». Et il n'y a pas (p. 25 note) à distinguer entre le choix des moyens ou celui des buts, car ce sont là des questions de terminologie ; ce qui est but pour l'un est moyen pour l'autre.

Cette liberté disparaît si la loi contraint l'agent à ne tenir compte que de certaines circonstances, définit celles qui seront décisives. Mais une complication est introduite ici par les « dehnbare Begriffe » — définitions vagues — employées de plus en plus souvent parce qu'elles sont un compromis entre deux tendances — celle qui veut apporter des limites au pouvoir discrétionnaire des autorités, et celle qui veut éviter les règles absolues, dont l'application invariable consacrerait des injustices.

Sur ce point BÜHLER pense comme ses prédécesseurs que « les règles de droit à concepts indéfinis peuvent être des rè-

gles de droit obligatoires parce qu'elles enlèvent à l'autorité la liberté de son choix ». (p. 27). Sans doute l'autorité administrative a-t-elle ici un rôle plus actif que dans une norme tout à fait précise (« fester Gebundenheit ») mais sa liberté n'est jamais que celle de l'investigation, de l'appréciation des preuves. C'est la société, en effet, qui remplit le « blanc laissé par la loi ».

W. JELLINEK a donc eu tort de voir un pouvoir discrétionnaire dans la « délimitation » de certains concepts vagues. Accepter sa thèse, c'est risquer d'écarter le contrôle juridictionnel, là où il est le plus utile, où il tend à s'implanter sous l'influence de la doctrine et du Code civil allemand qui habitude le juge au maniement de semblables concepts.

44. Pour BUHLER en effet, si le concept vague exclut le pouvoir discrétionnaire, celui-ci, à son tour, exclut le contrôle du juge parce qu'il n'y a pas de droit subjectif à un certain exercice du pouvoir discrétionnaire (p. 172 et suiv.) : les normes qui obligent le fonctionnaire à être soigneux, n'ont pas d'effet en dehors de l'appareil administratif. Aussi le droit allemand distingue-t-il le contrôle du droit et le « contrôle d'appréciation » (« Ermessens kontrolle ») que LAUN et JELLINEK confondent, mêlant au débat de prétendues fautes d'appréciation arbitrairement énumérées.

Ce qui est à l'origine de ces confusions, dit BUHLER, c'est l'idée erronée que les concepts vagues laissent place à un pouvoir discrétionnaire. Niant ainsi l'existence d'un contrôle de droit là où il devait y en avoir un, les tribunaux ont, pour le remplacer, pratiqué un contrôle qu'on a, à tort, qualifié de « contrôle d'appréciation. »

Les distinctions nécessaires étant soigneusement faites, et les confusions dissipées, on constate que même de lege ferenda, le contrôle de l'appréciation n'est pas désirable. Plutôt que de l'instituer par une loi, il vaut mieux développer intégralement le contrôle du droit, établir une procédure administrative et s'en remettre du reste à la décentralisation, ainsi qu'à la surveillance du Parlement.

45. Et cependant lorsqu'il en vient à une étude, du reste

précieuse, de la jurisprudence des différents pays allemands (1) BUHLER est conduit à reconnaître que la pratique ne répond pas à ses conclusions.

Sans doute la Bavière et le Wurtemberg sont hostiles à tout contrôle de l'appréciation, exigent un droit subjectif du requérant, et s'en remettent surtout de la lutte contre l'arbitraire, à un contrôle parlementaire efficace dans de petits pays démocratiques, qui ont plutôt eu à se garder de l'avis des recours.

Mais tel n'est pas le système suivi en Prusse : sous l'influence de GNEIST, on y a admis, dit BUHLER, au profit d'organes dans la composition desquels rentraient des administrateurs (p. 262), un véritable contrôle juridictionnel de l'opportunité, par exemple pour la répartition des dépenses d'assistance entre plusieurs communes, en dehors de tout litige ; des cas analogues peuvent être cités en Saxe et dans le Grand Duché de Bade. Dans ces pays, BUHLER le reconnaît (p. 274), la procédure contentieuse est donc employée pour résoudre des questions qui ne sont pas des questions de légalité ; l'existence d'un droit subjectif n'est plus indispensable à l'intervention du juge.

Ainsi, au premier examen minutieux de la jurisprudence, la proscription du contrôle juridictionnel de l'opportunité est démentie par les faits. Une fois de plus la logique de la doctrine n'est pas celle de la jurisprudence.

Sans doute en élargissant indéfiniment le contrôle du droit, BUHLER a encore réussi à y faire rentrer presque tout le mouvement jurisprudentiel. Mais il est bien obligé d'avouer que les tribunaux, eux-mêmes, s'insurgent contre ce baptême. BUHLER leur donne tort, il est vrai : ils se sont trompés en

(1) En Allemagne, la juridiction administrative est, sauf pour quelques questions spéciales — matière réservée à la législation des pays. Si le Wurtemberg a eu un tribunal administratif dès 1819, la Prusse n'a eu les siens qu'en 1875, la Saxe en 1900. Certains pays ont même attendu que la Constitution de Weimar (art. 102) leur fasse une obligation de créer des tribunaux administratifs (FLEINER p. 326).

De là une diversité de recrutement, de compétence, etc. En Prusse, la première instance est constituée par des organes recrutés dans l'administration active, mais agissant suivant une procédure spéciale : collège de hauts fonctionnaires présidé par l'employé normalement compétent.

croyant être hardis ; là où ils pensaient évoluer ils restaient en réalité fidèles à toutes les traditions.

Mais dans ce conflit entre le juge qui, au contact des réalités croit innover et le théoricien qui, en maniant des concepts, prétend identifier le présent au passé, qui donc a vraiment tort ? Le juge n'a-t-il pas tout simplement eu conscience de réalités politiques qui échappaient à la doctrine ? Et le fait qu'il refuse encore de commenter certains concepts vagues, dont la doctrine lui recommande l'exégèse, n'achève-t-il pas de montrer qu'en réalité l'extension de ses pouvoirs obéit à des considérations politiques que négligent d'ingénieuses constructions abstraites ?

L'histoire de la compétence juridictionnelle en Prusse pour les questions de police que BUHLER rappelle ici, montre la fragilité de sa thèse. Aux termes de l'art. 127 de la loi prussienne d'administration, une décision de police peut être attaquée pour « application inexacte ou inapplication du droit existant », en particulier lorsque l'autorité compétente a lésé le requérant dans ses droits (alinéa 1^{er}) ou (alinéa 2) « lorsque les conditions de fait qui auraient habilité (« berechtigt ») l'autorité de police à prendre son arrêté faisaient défaut » (p. 290 et suiv. 314 et suiv.). Insérée dans l'alinéa 1^{er} pour limiter la juridiction administrative, l'exigence d'un droit subjectif lésé a été omise, sans doute par inadvertance, dans l'alinéa 2, et celui-ci a permis au tribunal administratif l'exercice d'un contrôle très étendu.

En réalité, le législateur qui avait voulu par le paragraphe 1, exclure le contrôle de l'opportunité, entendait seulement indiquer par le paragraphe 2 que le contrôle de la légalité comporterait l'examen des faits. Mais ce qui n'était qu'une omission accidentelle a permis d'ériger le paragraphe 2 en cause de nullité distincte. On a invoqué le mot « berechtigt » pour en arriver petit à petit à un contrôle qui, BUHLER le reconnaît lui-même, porte sur la nécessité et même l'opportunité.

BUHLER prétend, il est vrai, ne voir là qu'un contrôle de légalité car la police ne doit intervenir qu'en cas de nécessité. Cette idée, dit-il, déjà affirmée par l'« Allgemeine Landrecht » en 1790, n'a conquis toute sa force qu'après 1870, lorsque s'est développé le principe de la légalité de l'Administration, principe qui a abrogé, en tant que de besoin, la règle ancienne

de l'incompétence des tribunaux pour apprécier la nécessité. Et comme il est illusoire de vouloir distinguer ici nécessité et opportunité, il faut, dit **BUHLER**, conclure qu'il n'y a presque plus de pouvoir discrétionnaire dans les matières de police. Car il est évident (p. 182) que la police n'a pas la liberté de l'abstention là où son intervention est, par hypothèse, nécessaire. Ce dernier mot ne saurait avoir deux sens, et la jurisprudence saxonne admet avec raison l'existence du droit subjectif à l'intervention nécessaire. « La règle de la non appréciation de l'opportunité est une règle fictive. » Mais, ajoute-t-il, lorsque les tribunaux recherchent cette nécessité, leur contrôle n'est encore qu'un faux contrôle d'appréciation (p. 206), il apparaît tel subjectivement à celui qui l'exerce mais ne l'est pas en réalité ; objectivement le contrôle juridictionnel de l'interdiction faite au maréchal-ferrant (voir ci-dessus) est en réalité un cas de contrôle juridique, contrairement à ce que croyaient **LAUN** et **JELLINEK**.

Si ingénieuse qu'elle puisse être cette analyse n'en est pas moins manifestement paradoxale. **BUHLER** parle de contrôle de légalité là où un texte spécial à la matière, l'art. 127, a précisément voulu exclure la compétence du juge, là où le principe vague invoqué — « la police ne doit intervenir qu'en cas de nécessité » — n'a commencé à porter ses conséquences que 80 ans après avoir été promulgué dans un texte, et ceci, **BUHLER** le reconnaît lui-même, sous l'influence de transformations sociales.

N'est-ce donc pas l'évolution sociale qui, seule ici, est réelle, et non la prétendue permanence juridique ? En prétendant qu'il n'y a plus de pouvoir discrétionnaire pour la police, on enlève son originalité au contrôle des tribunaux prussiens, sous prétexte de l'expliquer, et on ne dit pas pourquoi il a tant tardé à s'établir.

46. Ainsi la doctrine allemande, même lorsqu'elle s'est le plus attentivement penchée sur les faits, semble être restée étrangère à l'esprit de la jurisprudence ; persistant dans l'erreur de **TEZNER** sur l'incompatibilité des concepts vagues et du pouvoir discrétionnaire, elle n'a échappé que par des distinctions artificielles à toutes les conclusions de cet auteur. Obstinée à nier la possibilité d'un contrôle juridictionnel de

l'appréciation, elle n'a su qu'étendre le plus possible la notion de légalité pour lui faire exprimer l'évolution qui s'accomplissait indépendamment d'elle.

A ces causes d'erreur que nous retrouverons peut-être pour une part en France, s'ajoute l'idée que la notion de *droit subjectif public* commande le rôle du juge et ne lui permet parfois même pas d'embrasser tout le contrôle de légalité : BUHLER p. 22. « Limiter la juridiction administrative à la défense des droits subjectifs, c'est tracer la véritable séparation de l'application du droit et du pouvoir discrétionnaire. »

Or l'autorité peut être liée sans que l'individu ait, pour la doctrine, un « droit subjectif » correspondant. La juridiction n'assure donc même pas nécessairement le respect de tout le droit objectif. BUHLER ne nous dit pas, il est vrai, ce qu'il faut pour que l'individu aie le droit d'invoquer l'obligation de l'Etat. Mais cette condition supplémentaire est remplie de plus en plus souvent si on admet avec la doctrine d'après guerre (BUHLER *Mélanges Fleiner* p. 54 et suiv.) que les droits fondamentaux assurés par la Constitution de Weimar sont de véritables droits subjectifs donnant aux citoyens l'accès des tribunaux. Ces droits, liberté, propriété, etc..., ne sont-ils pas assez généraux, en effet, pour que l'un d'eux puisse toujours être invoqué ? La vulgarisation du droit subjectif apparaît ainsi comme une manifestation de plus de l'extension de la juridiction administrative en Allemagne (1).

47. L'évolution du droit positif ne semble cependant pas avoir influencé la doctrine dominante allemande d'après guerre. Le livre de BUHLER est, à notre connaissance, le dernier des ouvrages importants consacrés à la question.

Aujourd'hui encore, FLEINER s'en tient à l'opposition classique pour les rapports de l'Administration et de la Justice, (ci-dessous chap. XIV). Le pouvoir discrétionnaire se retrouve dans l'une et l'autre, mais « pour la justice, l'application du droit est la fin » pour l'Administration, le moyen au service de la fin, « l'opportunité reste son guide. » De même (p. 172 et suiv.) « tout profit qui découle pour l'individu du droit objectif ne

(1) Voir sur l'évolution analogue en Autriche HERNITT p.133.

forme pas le contenu d'un droit subjectif (mais la distinction, FLEINER l'avoue, est « délicate.... »

Aussi la compétence des tribunaux administratifs s'arrête là où commence le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, car par leurs origines historiques, et toute leur destination, ils sont un organe de défense du droit et non une autorité administrative supérieure.

Ce pouvoir discrétionnaire (p. 141 et suiv.) existe quand le droit subjectif abandonne l'action d'un organe à la détermination de celui-ci. « Le législateur ménage ainsi dans le cadre de ses règles juridiques un élément de mouvement qui permet à l'organe intéressé de remplir la prescription légale d'une manière répondant aux exigences de la vie et de l'intérêt public. Dans ce cas, la loi se borne à établir un cadre juridique laissant à l'autorité administrative le soin de le remplir dans chaque cas. » Mais il faut distinguer du pouvoir discrétionnaire l'application de certaines définitions vagues et le respect des limites internes ou externes. » Y a-t-il excès ou abus du pouvoir discrétionnaire ? C'est une question de droit et non d'appréciation libre (1).

48. Si la doctrine dominante s'en tient ainsi à la conception dont nous avons souligné les difficultés, l'école de Vienne sans avoir suscité des études particulières sur la question du pouvoir discrétionnaire, apporte cependant une pensée neuve dans les pages que lui consacrent ses principaux représentants.

Une analyse logique de l'acte étatique constitue leur point de départ commun. Puisque l'acte d'exécution concret (KELSEN *Haupt prob.* p. 13) ajoute nécessairement de nombreux éléments à la règle abstraite, on ne peut déduire cet acte de cette norme selon les seules règles de la logique formelle. « Le rapport entre la norme juridique générale et l'acte d'exécution individuel doit être comparé au rapport qui existe entre le concept abstrait et la représentation concrète » (Id. *Allgemeine*, p. 243 et 505).

« Toute exécution d'une volonté étrangère implique une plus ou moins grande liberté d'appréciation » car « jamais la

(1) Comparer pour une reprise des idées de LAUN, HERNRITT (p. 131 et suiv.)

détermination du degré inférieur par le degré supérieur ne peut être complète », sans quoi « un autre degré serait superflu. »

« Mais cet acte d'exécution reste un acte juridique, il est toujours l'expression de la même volonté, de l'Etat ; il n'est que cela. tout de même que l'arbre réel, quelque différent qu'il puisse être du concept d'arbre, est tout de même intégralement un arbre. » Et la compétence liée, elle non plus, n'est jamais totalement absente. Si aucune règle de droit n'avait prévu un acte quelconque, il ne pourrait être imputé à l'Etat.

Dès lors « tous les actes de l'Etat ne peuvent, en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire, présenter que des différences quantitatives et non qualitatives, de degré et non de principe (p. 507). Liberté et liaison sont des concepts contraires, mais qui peuvent fort bien coexister dans le même acte parce qu'ils se réfèrent à des directions diverses. Le texte de la loi peut d'ailleurs laisser une plus ou moins grande liberté pour la détermination des conditions dans lesquelles se produira la volonté de l'Etat — soit expressément, soit implicitement « lorsque le texte de la loi ne détermine qu'apparemment les faits à considérer, lorsqu'il se sert d'un concept dont le contenu n'est pas fixé légalement et ne peut pas être fixé objectivement. »

La règle de droit est alors un *blanc seing* qui peut être donné à un organe administratif ou juridictionnel, sans qu'on puisse même parler d'une différence juridique entre eux puisque le pouvoir discrétionnaire concerne cette sphère de l'activité d'un organe dans laquelle il n'y a pas de relation à l'ordre juridique (voir VERDROSS p. 628 et 635).

« Il y a pouvoir discrétionnaire, dira VERDROSS p. 368, dans la mesure où l'ordre juridique détermine l'action d'un organe formellement, mais non pour son contenu ou pour la totalité de celui-ci. »

49. Tout en reprenant la doctrine de M. Kelsen sur l'inévitable pouvoir discrétionnaire coexistant dans tout acte avec la compétence liée, M. MERKL insiste davantage sur les différences quantitatives que peut présenter ce pouvoir à propos des divers actes et sur son caractère extra juridique.

« Par appréciation, il faut entendre (p. 140) une action de

l'organe qui n'est pas déterminé par le droit objectif, ou qui ne l'est que d'une manière partielle, en sorte qu'elle est abandonnée à l'autodétermination de cet organe. »

On s'exprime improprement en disant que l'appréciation administrative doit être conforme à l'obligation de rechercher le bien public. Y a-t-il en effet (p. 131) une interprétation univoque de l'intérêt général ? Un agent peut toujours invoquer un motif d'intérêt général. C'est parce que l'idée de plénitude logique du droit persiste toujours qu'on croit pouvoir, ici, fonder sur le droit positif l'adoption d'une solution inspirée en réalité par le droit naturel. L'autorité exécutive choisit pour des raisons extra juridiques l'une des solutions qui restent permises par le droit positif : c'est cette possibilité de choix qui constitue l'appréciation. « L'appréciation c'est donc l'absence de détermination par une volonté étrangère, la capacité juridique de laisser parler sa propre volonté. » Les motifs directeurs peuvent être de valeur différente « c'est un vœu, et non un commandement juridique, qui exige qu'on atteigne la plus haute valeur. »

On parle ici, en vain, de suivre l'esprit de la loi, car si l'indication légale est nette, il n'y a plus aucune liberté si elle est incertaine, elle laisse place à une liberté. (VERDROSS p. 624).

De même les limites internes dont parle LAUN, ou bien résultent de la loi, (et alors les fautes d'appréciation sont simplement des violations de la loi), ou bien sont des limites extra juridiques. (Id. Kelsen *Haupt. prob.* p. 509 en note).

50. Mais si le pouvoir discrétionnaire de l'autorité exécutive apparaît ainsi comme la conséquence inévitable de toute règle de droit, il n'est pas l'apanage de l'administrateur, le juge en a toujours, (entre le pouvoir discrétionnaire du juge et celui de l'administrateur, pas de différence juridique possible, dira M. VERDROSS p. 630), rien ne s'oppose dès lors à ce qu'il contrôle celui de l'administrateur : le tribunal, lui aussi, peut envisager tel ou tel aspect de l'intérêt général.

M. MERKL surtout développera cette conséquence. La juridiction administrative dit-il, n'est qu'un des procédés du contrôle administratif (p. 369). Elle est « le moyen de technique juridique qui permet de subordonner des organes dépendants

à des organes indépendants » ; elle est un correctif du devoir d'obéissance du fonctionnaire à l'instruction hiérarchique, même illicite.

Tout de même que pour caractériser cette justice dans un pays déterminé, on peut se demander si elle est assurée par les tribunaux ordinaires, ou par des autorités administratives statuant suivant une procédure spéciale (c'est, dit MERKL, peut être le meilleur système), si elle est originaire, ou subséquente (c'est-à-dire liée par la règle de la décision préalable) etc.. on peut se demander si elle est limitée au contrôle du droit (p. 385) ou si elle comprend aussi le contrôle de l'appréciation.

Il n'y a pas de justice administrative sans le premier ; le second est une extension postérieure, facultative. Il soumet toute l'Administration à la volonté du juge, lui permet de faire valoir des considérations extra juridiques, de substituer à un acte conforme à la loi un autre acte, conforme à la loi lui aussi ; « ce n'est plus l'Administration mais la justice qui dit ce qui est de la bonne Administration. »

Tel est le régime qu'institue par exemple (p. 157) l'art. 129 de la Constitution autrichienne, mais qui n'est pas toujours impliqué dans le pouvoir d'examiner les faits, donné au juge, pouvoir qui peut être limité au contrôle de légalité. Et aucune clarté n'est apportée en cette matière par des lois qui excluent du contrôle juridictionnel les actes de libre appréciation, puisque l'opposition qu'on veut établir entre ces actes et ceux d'application de la loi est purement relative : « savoir ce qui est acte d'application du droit et ce qui est acte d'appréciation, devient, à son tour, affaire d'appréciation. »

Le contrôle de l'opportunité est-il accordé aux tribunaux ? On obtient l'Etat de justice (« Justizstaat »), leur est-il refusé, on se trouve en présence de l'Etat d'administration (« Verwaltungsstaat ») (1). On peut invoquer en faveur de celui-ci des avantages de souplesse, une facilité de centralisation « une certaine disposition d'esprit collectiviste ». Au contraire, ce qui milite pour l'Etat de justice « c'est une certaine conception atomi-

(1) C'est là, dit MERKL, une antithèse qui ne coïncide pas avec celle de l'Etat de droit et de l'Etat de police. Cette dernière antithèse ne porte que sur le développement de la législation plus ou moins détaillée.

sante, individualiste », la confiance dans les autorités indépendantes, le désir de morceler la compétence (p. 67).

51. Ainsi, avec l'école de Vienne la doctrine austro-allemande arrive enfin à admettre franchement l'existence d'un contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, à retirer aux définitions vagues le caractère juridique que BERNATZIK leur avait prêté pour la plus grande confusion générale.

Malheureusement après avoir admis la possibilité d'un pouvoir discrétionnaire du juge, après avoir indiqué que son étendue était une question de droit positif, ces auteurs n'ont pas cherché à fixer cette étendue pour un droit déterminé. Il ne saurait évidemment pas être question de critiquer une abstention qui pourrait être fortuite. Mais comme une doctrine ne se précise et ne se définit pleinement que dans son application, il nous sera permis d'indiquer comment doivent être complétées, à notre sens, des thèses que nous acceptons pour la plupart.

C'est grâce à une analyse logique, formelle avant tout que M. Kelsen et ses disciples établissent l'existence inévitable d'un pouvoir discrétionnaire. Et sans doute est-ce là un des aspects de la question ; il est fatal qu'il y ait toujours un pouvoir discrétionnaire *résiduel*. Mais n'y a-t-il pas aussi des cas où la loi *veut* un vaste pouvoir discrétionnaire ? Dans ces cas, sa tendance s'analyse en des considérations non plus seulement logiques, mais encore politiques.

L'école de Vienne ne le nie assurément pas, mais si elle avait insisté davantage sur cette abdication consciente de la loi, aurait-elle pu nier comme elle l'a fait, la liberté qu'implique le pouvoir discrétionnaire ? « La différence nécessaire entre les deux degrés successifs de concrétisation d'une norme n'implique pas une liberté pour l'auteur de la seconde norme », écrit M. Kelsen, (*Haupt. prob.* p. 499). Il ne fait jamais qu'exécuter la première. « On ne peut parler d'une activité étatique libre dans les limites du droit, mais seulement d'une réalisation de ces limites, de ces règles » (*Allgemeine* 240 et suiv.).

« Qu'on n'objecte pas par exemple la liberté dont jouit le monarque pour déclarer la guerre, ce qu'on lui abandonne c'est seulement le droit de dire quand l'Etat veut la guerre. Mais c'est l'Etat qui veut cette guerre, seulement il la veut

dans des conditions dont la détermination est abandonnée au monarque. » (*Hauptprobleme* p. 499, et dans cette détermination, il n'a pas de liberté véritable.

M. VERDROSS écrit de même : « L'acte administratif accompli en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, est une application du droit au même titre que celui du juge, bien plus lié par la loi » (p. 620). « Si une règle de droit dit qu'un organe doit agir suivant son pouvoir discrétionnaire, l'ordre juridique érige d'avance cette action en acte étatique dont l'accomplissement est une application du droit, puisqu'elle remplit la volonté exprimée dans la loi, si vaguement que ce soit ».

Ainsi le pouvoir discrétionnaire, après avoir été diffusé, sur toute l'activité étatique, voit son originalité profonde contestée. Mais si tout est exécution, nous sommes ramenés à la thèse de BERNATZIK, et si les prétendues exécutions diffèrent entre elles, ce ne peut être que par la liberté certaine qu'impliquent certaines d'entre elles.

L'argumentation opposée à cette liberté est fondée soit sur une métaphore, soit sur une inexactitude. Dire que « l'Etat veut la guerre » c'est en fait dire que ses organes veulent la guerre. Mais ou bien cela signifie que tous ses organes veulent la guerre, et ceci est inexact, car en France, par exemple, le Président de la République déclare la guerre, même si le Parlement ne la veut pas ; ou bien cela signifie que tous les organes de l'Etat sont obligés par la volonté d'un seul d'entre eux : la déclaration de guerre émanée du Président de la République, que la Constitution autorise à déclarer la guerre, oblige ainsi toutes les autorités publiques. Mais alors dire que « l'Etat veut la guerre » c'est uniquement dire, sous une forme imagée, que le Président de la République est compétent pour déclarer la guerre. Or, compétence et liberté ne s'excluent évidemment pas.

Et comme il y a, l'école de Vienne l'indique elle-même, du pouvoir discrétionnaire dans tous les actes, chaque organe étatique est plus ou moins libre *en dehors* du droit.

52. Nous saisissons peut-être alors la raison pour laquelle ces auteurs nient la liberté impliquée par le pouvoir discrétionnaire ; cette liberté met en cause ce qui semble être une thèse fondamentale de la doctrine Kelsenienne, l'identité de

l'Etat et du droit. « Tout de même que la personne de l'Etat n'est qu'un produit de l'ordre juridique, la réalisation de cet ordre est la seule fonction de l'Etat... on peut parler de la nature pan étatique du droit et de la nature pan juridique de l'Etat. (*Préface des Haupt prob.*)

Et pourtant le pouvoir discrétionnaire, MERKL le dit lui-même, « est la porte de l'édifice juridique par laquelle entrent les motifs extra juridiques. » Dans l'accomplissement de n'importe quel acte la volonté de l'Etat, de ses organes est donc plus riche que le droit existant.

M. Kelsen déclare (*Haupt prob.* XV) qu'il faut pour lever la difficulté, substituer le point de vue dynamique au point de vue statique. Mais ou bien c'est là une substitution de mots, inopérante, ou bien c'est la reconnaissance de facteurs extra juridiques dans l'activité de l'Etat, et il y a dès lors dualité possible de l'Etat et du droit, dualité qui n'est plus seulement une « illusion de l'esprit » comme le dit Kelsen (*R D P* 1926, paragr. 15).

On n'échappe pas à cette dualité en disant comme M. VERDROSS, p. 639, que « le fonctionnaire n'est pas seulement organe de l'Etat, mais encore organe de la société » ; ce qui caractérise le fonctionnaire agissant en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, c'est qu'il n'est organe de la société qu'en tant qu'organe de l'Etat ; que la volonté étatique s'augmente ici de la volonté sociale, comprend une volonté metajuridique, politique.

Le juriste ne peut écarter ces facteurs de son étude ; il s'interdit sans cela l'intelligence d'une multitude d'actes qui, une fois accomplis, sont du droit, mais dont la raison d'être, le déterminisme, sont en dehors du droit. Ces actes sont juridiquement libres et la volonté de l'Etat déborde le droit puisqu'elle peut l'enrichir.

Exclusivement placé au point de vue de la norme supérieure, le juriste serait en quelque sorte condamné à ne découvrir qu'une perspective uniforme, alors que la voie du droit s'amplifie sans cesse, obéissant, dans cet élargissement, à des données qui ne sont pas seulement juridiques, mais dont l'étude s'impose au juriste s'il veut se plier à toutes les exigences de son sujet.

Les auteurs de l'école de Vienne s'ils avaient étudié spécialement le pouvoir discrétionnaire, auraient-ils pu se placer

à ce point de vue sans contredire à certaines de leurs thèses fondamentales, ou bien les ambiguïtés ci-dessus constatées (1), révèlent-elles un malaise profond de la doctrine ? C'est là une question sur laquelle nous n'avons pas à insister ici.

53. Rapproché des précédentes doctrines austro-allemandes l'exemple Kelsenien montre, en tout cas, que pour ouvrir des voies nouvelles au problème qui nous occupe, il faut reconnaître :

a) Que les définitions vagues sont compatibles avec l'existence d'un pouvoir discrétionnaire pour l'autorité exécutive.

b) Que ce pouvoir se retrouve dans des proportions différentes pour tous les actes.

c) Que dès lors son existence n'exclut pas logiquement le contrôle juridictionnel de l'appréciation.

Mais l'admission de ce contrôle soulève des problèmes *politiques* différents suivant l'étendue de la liberté laissée à l'autorité exécutive ; le juriste ne peut, dès lors, avancer dans les voies ainsi ouvertes qu'à la condition d'analyser les facteurs « meta-juridiques » qui influent sur la volonté des organes étatiques, agissant en vertu d'un pouvoir discrétionnaire.

(1) Dont il convient de rapprocher peut-être (v. ci-dessous n° 174) l'opinion de M. KELSEN pour qui la distinction de l'Administration et de la justice perdrait de plus en plus son intérêt.

CHAPITRE IV

LA DOCTRINE FRANÇAISE

54. L'analyse théorique du pouvoir discrétionnaire a tenu moins de place dans la doctrine française que dans la doctrine allemande. Si cette dernière a trouvé dans la pratique française le modèle du contrôle juridictionnel des motifs dont elle discute abondamment, notre doctrine par contre n'a guère envisagé jusqu'en 1913 ces aspects de la jurisprudence.

Etudier le problème du pouvoir discrétionnaire, fait remarquer MICHOD, se ramenait pour nos anciens auteurs à opposer les matières contentieuses et non contentieuses soumises, les unes au recours contentieux, les autres au recours gracieux, concernant les unes les intérêts des citoyens, les autres leurs droits, mais on ne donnait pas de critère net de cette distinction. Le développement du recours pour excès de pouvoir a amené LAFERRIÈRE à construire une théorie (abandonnée depuis) des actes de pure administration, ou actes discrétionnaires contre lesquels le recours n'est pas recevable pour violation de la loi (v. ci-dessous chap. V). « La doctrine française en est restée à ces explications. » Aucun texte légal ne venait d'ailleurs prêter un intérêt pratique à la définition du pouvoir discrétionnaire.

Mais la jurisprudence du Conseil d'Etat à partir de 1905 pose aux auteurs un problème dont ils chercheront la solution dans deux directions différentes.

A) Les uns constatent qu'en cas de compétence liée, l'examen du fait est la conséquence logique de l'examen de légis-

lité et prétendent pouvoir ramener par cette idée, la jurisprudence du Conseil d'Etat à un contrôle de légalité, cette tendance se heurtera aux difficultés que nous avons déjà rencontrée chez les auteurs allemands.

B) L'autre tendance représentée surtout par M. HAURIOU, reconnaît dans la jurisprudence quelque chose de plus qu'un contrôle de légalité et s'efforce de définir, de justifier ce contrôle supplémentaire.

55. C'est à la première tendance que se rattache MICHOUX.

« Le caractère propre du pouvoir discrétionnaire de l'Administration (1914, p. 193) là où il existe et dans la mesure où il existe, est d'échapper au contrôle juridictionnel des tribunaux de tous ordres ».

Il est heureux qu'il en soit ainsi : Comment les tribunaux auxquels manquent la responsabilité personnelle de leurs membres — le secret de leurs délibérations et la possibilité de se saisir d'office — pourraient-ils utilement exercer un pouvoir discrétionnaire et défendre les intérêts de l'Etat ? Le Conseil d'Etat lui-même n'échapperait pas à l'alternative suivante : « S'il marchait avec le pouvoir il le transformerait en oppression, s'il marchait contre lui, il lui deviendrait intolérable ». Les tribunaux et l'Administration ont donc des domaines naturellement distincts et « la liberté de l'Administration est dans sa sphère aussi respectable que celle de l'individu », (1914 p. 197).

Il faut donc maintenir entre ces diverses autorités « le principe d'une distinction matérielle de leurs attributions », de crainte d'aboutir à la confusion des pouvoirs ». La mission du juge lui assure un domaine propre : « Le motif profond pour lequel on a organisé des tribunaux avec toutes les garanties qu'ils offrent aux plaideurs, c'est qu'on a voulu assurer l'application impartiale de la règle de droit ».

Aussi le pouvoir discrétionnaire qui se rencontre parfois chez le juge, dans la fixation des peines entre les limites légales, par exemple, n'est pour lui qu'une exception, alors que ce pouvoir est la règle pour l'Administration qui a le devoir d'agir au mieux des intérêts dont elle a la charge en respectant les limites légales là où elles sont nettement fixées, et en défen-

dant la thèse la plus favorable à ses intérêts là où elles ne le sont pas ». Les tribunaux n'ont « en vue qu'un seul des intérêts de l'Etat : celui de la justice, ou de l'*application* de la règle de droit ».

Compétence juridictionnelle et contrôle de légalité doivent donc coïncider. Mais l'inspiration libérale de MICHOUX le rend favorable à la compétence du juge qui protège les droits de l'individu « ce serait, croyons-nous, écrira-t-il en terminant, un progrès réel que de substituer à la théorie de l'acte de gouvernement une théorie approfondie et de plus en plus précis du pouvoir discrétionnaire ».

Dès lors MICHOUX est conduit par ses prémisses juridiques et sa préoccupation politique à réduire l'étendue du pouvoir discrétionnaire.

a) Les concepts vagues l'excluent tout d'abord et MICHOUX reprend ici la théorie de LAUN. Pouvoir discrétionnaire et compétence liée, ajoute-t-il, ne sauraient se caractériser par « la plus ou moins grande difficulté d'appréciation des questions soulevées ».

Dans sa jurisprudence relative aux exigences de la salubrité publique, le Conseil d'Etat n'exerce pas comme on l'a cru, un pouvoir de supérieur hiérarchique. Il déduit de la loi de 1902, par voie de comparaison avec les lois sur la propriété privée, les limites à la propriété privée, et les pouvoirs de l'Administration (1914, p. 199).

b) Dans les cas où il édicte lui-même une règle, celle-ci le lie, il n'a donc pas davantage un pouvoir discrétionnaire.

A propos des entreprises commerciales des communes, par exemple, le Conseil d'Etat (1913, p. 202) définit les circonstances exceptionnelles qu'il entend viser : cas où les habitants risqueraient d'être privés de médecin, et il vérifie ensuite si la règle ainsi posée s'applique aux circonstances envisagées, il reste donc bien lié lui-même. Entre l'opportunité administrative et l'opportunité jurisprudentielle une différence demeure toujours, dans un cas il s'agit de l'opportunité d'un acte, dans l'autre de celle d'une règle.

c) Quant à l'annulation pour détournement de pouvoir, elle n'est qu'un aspect du contrôle de légalité. « Il existe une

loi qui, sans être écrite dans un texte précis, domine toute l'activité administrative : l'administrateur ne peut agir, même pour des actes dont le contenu rentre dans sa compétence qu'en vue de certains buts d'intérêt général, et il excède son pouvoir en agissant dans un but autre que celui que lui assigne son activité. »

Que le fonctionnaire poursuive la satisfaction d'une animosité personnelle, privée ou politique, ou d'un intérêt financier au moyen d'un pouvoir de police, ou encore d'un intérêt collectif non pécuniaire dont il n'a pas la garde — son acte constitue toujours la violation d'une loi de but (p. 206), il est annulé parce qu'il n'a pas de cause licite. La censure du détournement de pouvoir, « *via media* » entre l'absence de tout contrôle juridictionnel et le contrôle de toutes les circonstances de la décision, sanctionne un vice objectif de l'acte, et non une intention subjective comme l'ont cru les auteurs allemands. Seulement la preuve de l'absence de cause licite sera le plus souvent indirecte ; le requérant établira l'existence d'une cause illicite.

56. Mais si dans tous ces cas, il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire, peut-on dire qu'il en existe un parfois ?

Pour répondre affirmativement MICHOUX objecte très justement à TEZNER que l'obligation de servir l'intérêt général — toujours invoquée par l'auteur autrichien — n'est pas une obligation juridique. Mais dès lors comment les exigences de la salubrité publique peuvent-elles dans la pensée de MICHOUX exclure un pouvoir discrétionnaire qui s'accommode de l'obligation de suivre l'intérêt général ? Et si cette dernière obligation n'est pas juridique, comment le contrôle du détournement de pouvoir peut-il être un contrôle de légalité puisqu'il a précisément cette obligation pour fondement ?

En réalité il n'y a pas, dit MICHOUX de critère net du pouvoir discrétionnaire (1914 p. 199 et suiv.) On ne peut opposer les questions de légalité et d'opportunité puisque la loi peut ériger l'opportunité en question de droit. On ne peut opposer davantage but et moyens, intérêt et droit subjectif, etc. Abandonnant l'idée d'un critérium unique, il faut donc se placer à un point de vue pratique et se demander (1915, p. 5), « s'il est bon, s'il est désirable, s'il est conforme aux besoins gé-

néraux de la société, qu'une question puisse être soumise à un tribunal indépendant et irresponsable, jugeant d'après certaines règles fixées à l'avance, ou s'il est préférable d'en laisser la libre solution au pouvoir chargé de l'activité, de l'initiative et qui est organisé en vue de cet objet. »

Il faut, dans cette recherche, distinguer les abstentions qui sont discrétionnaires *sau* lorsque l'Administration est liée par un droit subjectif envers un particulier, auquel cas elle n'a plus que le choix de l'heure.

Parmi les actes positifs, il faut distinguer les actes de gestion et les actes d'autorité. Les premiers n'imposent aux particuliers aucune obligation sans leur consentement : l'Administration doit donc être libre, comme elle l'est pour les actes de pure faveur : décorations, secours, congés, etc... encore que dans des cas fréquents, la loi règle aujourd'hui le statut des fonctionnaires ou l'assistance au pauvre.

Avec les actes d'autorité, l'Administration impose des obligations aux particuliers sans leur consentement, elle n'a donc plus, en principe, de pouvoir discrétionnaire.

Mais dans certains cas, elle le conserve, par exemple, « s'il s'agit d'une application qui doit se rapporter à l'avenir et non au passé » (MICHOUX cite l'exemple, aujourd'hui inexact, des règlements de police), ou bien « si les faits qui peuvent motiver une mesure sont apparus au législateur comme trop nombreux, trop variés, trop imprévus pour qu'il puisse chercher à en faire à l'avance un critérium juridique ». « Il sera naturel qu'il ne crée pas, dans ce cas, un recours devant les tribunaux. » On retrouve l'influence de cette dernière idée pour les questions disciplinaires, en matière d'autorisation ou de permission (de voirie) ; on doit cependant mentionner l'*exception* du décret de 1810 en faveur des établissements insalubres, et la loi supprime de plus en plus souvent le régime de l'autorisation, ou fait de celle-ci, dans certaines circonstances, un droit.

Les conclusions de cet exposé riche de pénétration et de sagesse politique, ne concordent donc pas toujours de l'aveu même de son auteur, avec le droit français (depuis 1913 la jurisprudence a du reste encore accentué l'écart, par exemple à propos des règlements de police). Chacun des principes posés subit une restriction, qui parfois est énoncée sans pouvoir être motivée.

Les considérations politiques si elles éclairent ainsi la législation ne l'expliquent pas complètement ; elles n'en précisent surtout pas la portée. Telle loi particulière *laisse-t-elle* un pouvoir discrétionnaire ? C'est une question qui ne se ramène pas à celle de savoir si elle *aurait dû* en laisser un. Et MICHOUX lui-même a nécessairement résolu la première question lorsqu'il dit que dans telle matière où il ne *devrait* pas y avoir un pouvoir discrétionnaire, *il y en a* cependant un. Pour qu'il puisse faire cette constatation il faut qu'il aie un critère de ce pouvoir *en droit positif*, critère juridique qui n'est pas l'utilité politique puisque le droit semble la méconnaître parfois ; MICHOUX se sert forcément de ce critère mais sans le préciser, sans même l'actualiser pour nous. Il y a donc ici dans sa théorie une lacune. Si nous en cherchons l'origine nous la trouvons encore dans la confusion de ces deux phénomènes distincts, l'existence du pouvoir discrétionnaire de l'autorité exécutive, l'attribution éventuelle de ce pouvoir à l'Administration. Pour éviter cette attribution MICHOUX a voulu raréfier ce pouvoir, il s'est condamné à ne pas en donner une définition juridique nette et à faire passer au premier plan les considérations politiques, mais celles-ci ne permettent pas l'économie d'une première étude exclusivement juridique.

57. C'est de l'étude de MICHOUX que M. GIRAUD s'inspire.

Il admet il est vrai la possibilité d'un contrôle juridictionnel sur le pouvoir discrétionnaire (p. 306 et suiv.) reconnaît (p. 309) « que la jurisprudence prétorienne du Conseil d'Etat s'inspire de l'expérience, considère l'utilité sociale, c'est-à-dire l'opportunité pour créer des règles, de droit nouvelles, compléter ou modifier des règles anciennes, que ce faisant le Conseil d'Etat use de son pouvoir discrétionnaire pour limiter celui de l'Administration », mais il estime cependant, non sans quelque contradiction peut-être, qu'en fait le Conseil d'Etat s'est toujours borné à un contrôle de légalité, l'obligation d'agir dans l'intérêt général qui fonde l'annulation pour détournement de pouvoir étant d'ailleurs une obligation juridique.

M. GIRAUD insiste beaucoup sur la régression actuelle du pouvoir discrétionnaire mais chez lui comme chez MICHOUX nous trouvons l'indication de l'utilité et de l'évolution de ce pouvoir,

plutôt que l'analyse de sa nature juridique et la recherche de son étendue en droit positif.

58. La doctrine de M. DUGUIT et les études qu'elle inspire vont s'efforcer de combler ces lacunes. Pour ramener la jurisprudence du Conseil d'Etat à un contrôle de légalité, il suffirait d'analyser la nature de l'acte juridique. On verrait alors que l'examen du Conseil d'Etat porte toujours sur les éléments de l'acte qui contribuent à sa légalité.

L'expression « contentieux de l'opportunité » écrit M. DUGUIT « est parfaitement contradictoire en soi parce qu'il n'y a de contentieux que si une question de droit est posée et que, par définition même, une décision contentieuse ou juridictionnelle est une solution donnée à une question de droit ». (*Traité* I p. 390 et suiv.) et les arrêts qu'on invoque pour établir l'existence de ce prétendu contrôle d'opportunité visent des cas de compétence liée... « Lorsque certains faits sont réunis, l'administrateur ne peut prendre qu'une certaine décision et si ces faits n'existent pas, l'administrateur ne peut prendre cette décision ». Le juge ne résout donc « qu'une question de *compétence*, mais pour régler cette question de compétence, il est obligé d'apprécier les faits puisque la loi décide que ce sont les faits existants qui déterminent l'étendue de ladite compétence ». C'est le vice d'incompétence qui entache les arrêtés de police municipaux ou les arrêtés préfectoraux relatifs au repos hebdomadaire et aux perspectives artistiques, qui ont été annulés.

La jurisprudence du détournement de pouvoir s'explique par la même idée. En effet, la liberté d'appréciation de l'Administration ne porte jamais sur le choix du but « un acte de volonté ne produit un effet de droit qu'à la condition d'être déterminé par un but de droit objectif ». (*Etat* I, p. 645). L'agent sort donc de sa compétence, non seulement lorsqu'il viole la loi, mais encore lorsqu'il en méconnaît l'esprit. « C'est toujours et dans tous les cas que le détournement de pouvoir constitue la violation d'une loi sur la compétence ». Quant aux arrêts Trépont et autres (Voir ci-dessous n° 97 f) « ils annulent l'acte attaqué, parce que motif déterminant et but déterminant se confondent ici ».

Dans toute cette jurisprudence (*Traité* p. 427 et suiv.) il n'y

a donc pas place pour un contrôle juridictionnel de l'opportunité « du moment où le législateur décide que le Conseil d'Etat statue au contentieux, il lui donne une question de droit à résoudre » c'est une « question d'excès de pouvoir, de droit au premier chef qui est déférée au Conseil d'Etat. »

59. La théorie de M. DUGUIT n'avait été primitivement formulée qu'à propos du but des actes. M. BONNARD le premier l'a élargie en revenant sur l'analyse classique de l'acte juridique.

Son accomplissement présuppose trois opérations intellectuelles :

a) Conception du motif préexistant à l'acte (faute disciplinaire, trouble à l'ordre public, etc..) se dédoublant en appréciation de l'existence, puis de la valeur de ces faits ;

b) Appréciation de la décision à prendre (adéquation de l'acte aux motifs, appelée opportunité) ; il faudra voir s'il y a lieu d'infliger une peine à l'agent coupable.

c) Conception du but, résultat recherché.

Personne n'a jamais de pouvoir discrétionnaire pour le choix du but, la constatation de l'*existence* des motifs ; par contre, « en ce qui concerne la *valeur* des motifs et l'opportunité de la décision, l'existence du pouvoir discrétionnaire dépend de la détermination par la loi des motifs de la décision. » Là où les motifs ne sont pas donnés par la loi, le pouvoir discrétionnaire subsiste, pour l'expulsion des étrangers, le retrait des naturalisations, etc... Mais si la loi fixe à l'avance les motifs d'une décision il n'y a plus qu'une compétence liée : « Le pouvoir de police municipale est un pouvoir lié qu'il s'agisse de la police des cultes ou des règlements sanitaires », des perspectives artistiques ou du repos hebdomadaire.

Dès lors (p. 388 et suiv.) les examens de fait de la jurisprudence sont impliqués par le contrôle de légalité : une règle de droit coutumière exige qu'un acte ait des motifs. Et si le Conseil d'Etat apprécie parfois non seulement leur existence, mais encore leur valeur, c'est parce qu'une loi supprimant tout pouvoir discrétionnaire, a dit quels motifs seraient licites dans cette matière.

60. C'est aussi par une méthode d'analyse psychologique

que M. REGLADE croit pouvoir ramener la jurisprudence du Conseil d'Etat et son « prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité » à un contrôle de légalité : « La légalité est l'ensemble des éléments de l'acte prévu par le droit et que doit posséder cet acte pour être conforme au droit » (compétence, forme, objet, but). Au contraire « l'opportunité est l'ensemble des circonstances non prévues par le droit et qui sont laissées à l'appréciation de celui qui fait l'acte » ce sont les motifs, le moment, le fait même de l'action ou de l'abstention.

« L'opportunité, par définition, échappe à l'emprise du droit, elle échappe par la même à la connaissance des juridictions administratives ».

La mission de celles-ci étant uniquement de résoudre une question de droit, le contrôle juridictionnel de l'opportunité est une notion contradictoire, tout de même que le contrôle de moralité (voir ci-dessous n° 66) car du jour où la règle morale est sanctionnée par le juge, elle devient une règle de droit, même si elle n'est pas une règle légale (p. 421).

Dès lors, si le Conseil d'Etat s'éloigne aujourd'hui de la Cour de Cassation, c'est pour se rapprocher non d'un supérieur hiérarchique, mais d'un tribunal de droit commun. Même lorsqu'il examine l'existence des motifs d'une décision, il contrôle, en effet, un élément de légalité, car un acte du pouvoir discrétionnaire s'il n'a pas de motifs, est entaché d'incompétence. « En donnant à un agent compétence pour faire un acte la loi tout en lui laissant le libre choix des motifs, sous entend que cette compétence ne naîtra que s'il existe réellement des motifs suffisants pour le faire. S'ils n'existent pas la compétence ne peut naître » (page 426).

Quant au contrôle de la *valeur* des motifs, il suppose une compétence liée parce que la loi impose un motif, comme condition du pouvoir d'agir (compétence liée au premier degré) ou d'une obligation d'agir (compétence liée du second degré). Dans tous ces cas « il n'y a pas contrôle juridictionnel de l'opportunité ni de la moralité administrative, ni nouvelle cause d'ouverture... » par l'effet de certaines dispositions légales « les motifs, les faits de la cause cessent exceptionnellement d'être un élément de l'opportunité pour devenir un élément de légalité. »

Ainsi « le Conseil d'Etat n'examine les circonstances de faits que lorsqu'elles sont un élément nécessaire pour résoudre

la question de droit, lorsque les faits sont la mineure du syllogisme dont la loi est la majeure. » « L'excès de pouvoir n'est pas autre chose que la légalité au sens large ».

61. On retrouve enfin chez M. WALINE, une dernière variante de la méthode d'analyse psychologique. Après avoir reconnu ce qu'il y a d'imprécis dans l'opposition, légalité, opportunité, et avoir marqué la nécessité de suivre la jurisprudence, M. WALINE analyse le processus intellectuel qui précède une décision.

Reprochant à M. BONNARD une terminologie trop particulière, il distingue : 1) la représentation que l'administrateur se fait de son rôle ; 2) son appréciation des faits, qui se décompose elle-même en vérification de l'existence de certains faits, en qualification juridique de ces faits (opérations dans lesquelles il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire) et en appréciation du danger ou du désordre que ces faits risquent de produire. Ici, s'agissant de l'avenir, l'Administration reprend un pouvoir discrétionnaire (sauf dans la matière des manifestations sur la voie publique) et *sous la réserve* de se mettre dans les conditions nécessaires pour faire cette appréciation avec le maximum d'objectivité, en évitant l'erreur de droit et la partialité ; 3) enfin, ayant reconnu, et apprécié la situation de fait, l'Administration recherche les mesures à prendre avec un pouvoir discrétionnaire qui ne *disparaît* que là où il existe une réglementation détaillée comme dans la matière des établissements insalubres.

Il faut ajouter que là où une liberté publique est restreinte par une mesure de police, la décision n'est légale qu'à la condition d'être opportune. Les limites sont imprécises, conclut M. WALINE, parce qu'il faut laisser à cette matière une indispensable souplesse.

62. Malgré tant d'analyses ingénieuses, nous ne rejoignons donc finalement pas les solutions de la jurisprudence ; chaque principe comporte une exception ; le contentieux des manifestations par exemple apparaît comme une singularité, et aux démentis que constatent les auteurs, s'en ajoutent encore d'autres ; contrairement à ce qu'écrit M. WALINE, il n'y a pas de réglementation détaillée au fond sur la question des établis-

sements insalubres ; la loi n'a jamais fixé les motifs de la révocation des employés et cependant le Conseil d'Etat apprécie la valeur de ces motifs contrairement à l'analyse de MM. BONNARD et REGLADE.

Par ailleurs cette nature de l'acte qui devrait nous donner la portée exacte de la légalité, est entendue différemment par les auteurs ; chacun analyse autrement les éléments intellectuels de la décision et bien plus encore que les arguments échangés, ce désaccord prouve l'arbitraire des méthodes suivies. Beaucoup d'autres analyses encore sont certainement possibles, si l'on en juge par celles qu'a suscité, depuis 1804, la théorie de la cause en droit privé ; les distinctions préconisées dans notre matière ne sont pas plus nettes que celles de la cause et du mobile déterminant, opposés par les civilistes ; parviendrait-on, d'ailleurs, à une certitude psychologique, qu'on n'expliquerait pas pourquoi le but par exemple est un élément de légalité, alors que le motif ne l'est pas. Aucune loi ne s'explique à cet égard. La doctrine déduit ces exigences « logiques » d'arrêts qu'elles n'ont certainement pas pu influencer en raison de leur incertitude et de leur complication. Pourquoi « les circonstances de fait qui entourent l'accomplissement d'un acte administratif et qui sont plutôt des éléments de l'opportunité, apparaissent-elles de plus en plus fréquemment à l'heure actuelle, comme des éléments de la légalité » (M. REGLADE) ? N'est-ce pas la fiction du juge découvrant soudain le sens de la loi ancienne qui revient ici ?

Justifiant « a posteriori » la jurisprudence par des raisons qui ne l'ont pas inspirée, ces doctrines n'apportent pas davantage de limitation pratique aux pouvoirs actuels du juge. La théorie de l'annulation pour *incompétence* commence par déformer le sens de ce mot. Comme le disait très justement MICHOUD en cherchant à fixer ce sens, « la loi de compétence est celle qui détermine les attributions respectives des diverses autorités subordonnées au pouvoir législatif. » C'est un vice d'incompétence, ajoutait-il, qu'exercer les attributions d'une autre autorité ; « c'est une violation d'un droit privé ou de la loi fixant les conditions matérielles d'un acte que de faire un acte qui n'entre dans la compétence d'aucune autorité. »

Elargi en dehors de son sens normal par MM. DUGUIT et M. REGLADE, le terme d'*incompétence* n'est-il pas voué au destin

de « l'excès de pouvoir », et peut-il offrir plus que lui une limite quelconque aux interventions juridictionnelles ?

63. Ces analyses dont on ne retrouve guère de traces dans les conclusions des Commissaires du Gouvernement, ne semblent pas non plus avoir influencé l'exposé récent le plus fidèle de la jurisprudence, le livre de M. R. ALIBERT ; l'annulation pour erreur de droit dans les motifs, est présentée (p. 278), comme un élargissement de l'annulation pour détournement de pouvoir, comme une « *exception* nouvelle à la règle toujours en vigueur qui interdit au Conseil d'Etat d'examiner l'opportunité des actes ».

M. ALIBERT indique d'autre part, au sujet des extensions récentes de la notion de légalité : « Il est possible que pour arriver à dégager le droit, le juge de l'excès de pouvoir soit obligé de substituer sa propre appréciation à celle de l'auteur de l'acte. Il devient en réalité juge du fond. L'excès de pouvoir consiste ici dans une erreur de fait » (p. 295).

Que reste-t-il dès lors de l'opposition classique, légalité opportunité ? « Il est parfois bien difficile de faire un départ exact entre l'examen de l'opportunité et l'appréciation des faits. C'est au Conseil d'Etat qu'il appartient de fixer les frontières des deux sortes d'investigations. Or, la jurisprudence tend, de plus en plus, à reculer ces frontières de manière à élargir le contrôle des faits par une restriction très sensible de la notion d'opportunité. Il n'est pas douteux qu'une telle méthode accentue la confusion des recours et renforce la *tutelle du juge* de l'excès de pouvoir sur l'Administration », (p. 52).

Pour mesurer le chemin qu'il a fallu parcourir avant d'aboutir à cette doctrine, il suffit de rappeler qu'au début du ^{xx}e siècle le contentieux de l'excès de pouvoir était conçu comme l'équivalent administratif du contrôle de la Cour de Cassation. En 1922 encore, M. CHALVON DEMERSAY pouvait encore envisager l'examen du fait par le Conseil d'Etat comme une anomalie que les principes « expliquaient avec peine » limité au cas où le fait « tient une certaine teinte légale de l'esprit essentiel de la loi » anomalie sans grand avenir, révélant chez le Conseil d'Etat la persistance d'un pouvoir hiérarchique dont l'exercice est extérieur au débat contentieux. Aujourd'hui non seulement l'examen du fait semble admis sans réserve, mais encore

la notion de cette opportunité qui excluerait le contrôle du Conseil d'Etat n'est plus relative, mobile, M. ALIBERT nous l'indique.

64. Ce déclin de l'opposition légalité-opportunité s'explique aisément par une analyse plus précise de son second terme. Si on lui donne son sens normal il désigne la convenance d'une mesure à une situation déterminée : l'acte opportun est celui qui intervient à propos. C'est en ce sens que M. LE FUR a pu écrire que la loi doit, elle aussi, être opportune. C'est en ce sens que l'opportunité d'une mesure est indépendante de sa légalité.

Mais il est évident qu'aucune autorité exécutive ne peut se préoccuper de cette sorte d'opportunité.

L'Administration n'a pas à juger la valeur d'une loi ; elle ne peut donc apprécier l'opportunité intégrale d'un acte quelconque ; pour elle l'opportunité ne peut être que le meilleur usage de la liberté d'action laissée par la loi à l'autorité exécutive. Et dans certains cas cette liberté elle-même est contrôlée par le Conseil d'Etat, chaque fois qu'il pose une règle de droit nouvelle, qu'il recherche les conditions permettant l'autorisation d'un établissement insalubre, ou la création d'un service communal, commercial, il examine l'opportunité de ces actes. Si, pour expliquer ces cas on prétend que la loi fait alors de l'opportunité une obligation légale, on est amené à dire que dans les autres cas, l'autorité exécutive peut agir inopportunément, et comme c'est là une thèse évidemment inadmissible, on doit reconnaître qu'il y a des cas où le Conseil d'Etat est juge de l'opportunité, et d'autres où il ne l'est pas. Ces derniers sont de beaucoup les plus nombreux, mais ne doivent pas faire oublier les premiers. L'opportunité n'exclut donc pas nécessairement le contrôle juridictionnel.

Où commence-t-elle d'ailleurs ? Qu'est-ce qui différencie les appréciations des faits de celles de l'opportunité ? L'opportunité d'un acte ne dépend-elle pas de toutes les appréciations de faits auxquelles on peut procéder à son occasion ?

Or, les arrêts du Conseil d'Etat parlent à peu près indifféremment, nous le verrons, d'appréciation des faits et d'opportunité. Personne ne prétend plus cependant que la première est exclue, pourquoi condamnerait-on la seconde ? Puis-

que un peu de pouvoir discrétionnaire accompagne toujours la compétence liée, le juge de la légalité est constamment amené dans une mesure variable, souvent infime, mais parfois considérable, à être juge de l'opportunité.

65. Aussi quelques auteurs, s'opposant à la tendance classique, ont admis que le contrôle juridictionnel débordait le contrôle de légalité, que les quatre ouvertures classiques du recours pour excès de pouvoir n'épuisaient plus la jurisprudence.

M. JÈZE écrivait, dès 1911 (*RDP* p. 286), « l'agent administratif qui prend une décision en affirmant que telles ou telles circonstances de fait n'existent pas, accomplit un acte juridiquement critiquable, l'acte n'est régulier qu'en apparence ». Il faut donc « généraliser la solution de certains arrêts », et admettre l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir jusque dans les cas où cette erreur ne porte pas sur la condition d'exercice d'un pouvoir légal ; il peut ainsi y avoir, selon M. JÈZE annulation pour erreur de fait, en dehors même des cas de compétence liée (l'annulation pour violation de la loi suffirait sans cela à expliquer tous les arrêts).

Mais, ainsi entendu, le grief de l'erreur de fait devrait toujours rendre le Conseil d'Etat juge de l'opportunité. Or, il n'en est pas ainsi en droit français. M. JÈZE le reconnaît (*RDP* 1922, p. 43) « il est toujours vrai que le Conseil d'Etat est juge du droit et non du fait ». Pour concilier ces affirmations il faut admettre qu'il y a des cas où l'erreur de fait est invocable et d'autres, où elle ne l'est pas. Comment les distinguer ?

M. LE FUR suggère la même question par son plaidoyer si original en faveur du contrôle juridictionnel de l'opportunité.

Il faut reconnaître au juge « le droit, à défaut de loi, de statuer en équité ou en opportunité, en tenant compte des besoins sociaux, comme l'eut fait le législateur lui-même ». Dans le silence des textes, ajoute-t-il très fortement, là où ceux-ci ne donnent plus d'indication « l'interprète cesse de l'être pour se faire législateur, législateur pour un cas donné bien entendu. Il statue avec une entière liberté d'appréciation, et c'est la loi qui lui impose de prendre une décision » (en vertu de l'art. 4 du Code Civil). La théorie du détournement

de pouvoir fondée sur l'esprit de la loi ne constitue-t-elle pas d'ailleurs la transition de la légalité à la moralité.

Mais les principes qui commandent ainsi l'examen de l'opportunité ne sont pas en France. M. LE FUR l'indique lui-même, d'une application générale. Et dès lors la même question revient : Quand donc l'opportunité est-elle chez nous matière contentieuse ?

66. Quand la *moralité* administrative est en jeu répond M. HAURIOU.

« Il n'y a plus d'actes discrétionnaires (note sous l'arrêt Grazietti S. 03-3. 113) mais en revanche dans toute décision administrative, il subsiste une part de pouvoir discrétionnaire. Ce pouvoir est discrétionnaire en ce que le juge administratif n'est pas juge de l'opportunité. » Et pourtant (S. 01-3 p. 73 note sous l'arrêt Casanova) « le recours pour excès de pouvoir depuis quelques années risquait de s'immobiliser dans le contrôle de la légalité, le Conseil d'Etat devenait un juge comme un autre, chargé d'assurer le respect de la loi. Par un coup de barre hardi, le recours pour excès de pouvoir revient à ce qu'il fut toujours, essentiellement *un moyen de bonne Administration*, et il y revient par le pouvoir d'appréciation qui est inséparable de l'Administration active. Le Conseil d'Etat reprend du coup son véritable rôle qui est non pas celui d'un juge chargé uniquement d'assurer l'application des lois, mais celui d'un juge chargé d'assurer la bonne Administration. En admettant le recours du contribuable, le Conseil d'Etat prend tout simplement en mains la tutelle financière des administrations locales. Bientôt il deviendra plus que le Préfet, plus que le Ministre de l'Intérieur, le tuteur et le régent redouté des conseils municipaux. »

« Le recours pour excès de pouvoir (*Précis* 1927 p. 384) est *contentieux parce qu'il est porté devant un juge public*, le Conseil d'Etat, et qu'il aboutit à une décision en forme juridictionnelle ayant l'autorité de la chose jugée. Mais en soi il est un recours hiérarchique devenu contentieux, il en résulte qu'il allie aux pouvoirs proprement contentieux du juge les pouvoirs de police juridique d'un administrateur supérieur. » C'est pourquoi « le pouvoir discrétionnaire du juge administrateur a pu se dresser pour brider le pouvoir discrétion-

naire de l'administrateur ordinaire : on n'arrête le pouvoir que par le pouvoir ».

Le détournement de pouvoir (p. 419) de même « marque la subordination du pouvoir administratif, ou bien du service, notion qui dépasse celle de la légalité », et qui permet de « restreindre ce qu'il y a de plus discrétionnaire, les mobiles qui font agir. La légalité dont les règles générales sont rigides ne saurait pénétrer dans la région des mobiles, sans tuer la spontanéité du pouvoir discrétionnaire ; au contraire la moralité administrative descendant avec le juge dans les cas particuliers, peut pénétrer dans cette région sans tuer cette spontanéité. »

Cette moralité n'est pas l'esprit de la loi. « L'esprit de la loi, c'est la limite à imposer aux droits dans l'intérêt de la justice, l'esprit de la moralité c'est la directive à imposer aux devoirs dans l'intérêt du bien, il y a un écart entre ce qui est juste et ce qui est bien. » En réalité, « la moralité administrative provient de ce que tout être possédant une conduite pratique a forcément la distinction du bien et du mal. En même temps que celle du juste et de l'injuste, du licite et de l'illicite, l'Administration parce qu'elle a une conduite a une moralité en même temps qu'une légalité. C'est pourquoi il n'y a pas d'actes ou à-côtés de la question d'opportunité, on ne puisse soulever des questions de légalité, ou même de moralité administrative » (Note sous Grazietti).

M. HAURIOU explique par ces idées, les arrêts dans lesquels les écrivains de l'école de Bordeaux voient un contrôle de légalité. Il écrit dans sa note sous les arrêts Gomel et Didier (S. 17-3, p. 25) « L'excès de pouvoir est une sorte de *délit professionnel* commis au mépris non pas de la loi, mais de maximes professionnelles, dont les postulats peuvent porter beaucoup plus loin que les prescriptions de la loi ». Il y a excès de pouvoir de la part de l'administrateur à apprécier faussement des faits par suite d'une erreur de fait car l'usage du pouvoir administratif comporte un minimum de diligence et de conscience professionnelles. C'est un excès de pouvoir de ne pas étudier les questions, la compétence doit accompagner le pouvoir ; si la compétence est en défaut il y a excès de pouvoir. »

« L'erreur de fait deviendrait ainsi une cinquième couver-

ture au recours pour excès de pouvoir et ce serait une nouvelle poussée du principe autonome de l'excès de pouvoir de l'Administration qui n'est pas du tout le principe de légalité ». « Le recours pour excès de pouvoir verse donc de plus en plus dans les questions de fait. »

Ces conceptions ont inspiré l'étude très documentée de M. WELTER, qui recherche dans toute la jurisprudence du Conseil d'Etat les décisions débordant le contrôle de légalité ; le type de ce dernier est présenté par la jurisprudence de la Cour de Cassation (p. 354) et si le Conseil d'Etat va plus loin que la juridiction judiciaire, c'est qu'il est aussi juge de la moralité : détournement de pouvoir (p. 108 et 154) examen du fait, pouvoirs de guerre, responsabilité, etc... autant d'applications de cette idée.

Nous sommes donc libérés de la conception legaliste qui n'arrivait pas, malgré tous ses efforts, à s'ajuster aux faits jurisprudentiels nouveaux. On ne demandera plus l'explication des arrêts nouveaux à une analyse subtile mais arbitraire de l'acte administratif, on aura recours à des actions extra-légales. La parenté des solutions jurisprudentielles empruntées aux domaines divers apparaît alors dans l'étude de M. WELTER ; il n'y a plus des singularités à expliquer, mais un ensemble dont l'interprétation s'impose.

67. Mais l'idée de moralité permet-elle vraiment cette interprétation ? Lorsqu'une commune, par exemple, crée une boucherie communale pour lutter contre la cherté excessive d'une denrée de première nécessité, peut-on dire que son acte est immoral ? Y a-t-il davantage immoralité dans le fait, pour le préfet, d'avoir une certaine conception du caractère esthétique de la place Beauveau et de l'architecture qui lui convient ?

En examinant les choses de plus près il n'y a vraiment qu'une seule jurisprudence qui puisse se justifier, par l'idée de moralité, c'est l'annulation pour détournement de pouvoir commis dans un intérêt personnel. Mais dès que l'administrateur chargé de la police agit dans l'intérêt patrimonial de la personne publique, il n'y a plus immoralité et pourtant son acte n'en sera pas moins annulé.

La difficulté n'a pas échappé à M. HAURIU. Il la résout

(note précitée sous l'arrêt Gomel) en disant qu'il y a « excès de pouvoir dans le fait d'user d'un pouvoir sans la compétence technique requise. » M. WELTER reprend cette idée : « La moralité administrative est plus large que la moralité au sens courant du mot, elle est constituée par les *règles de la bonne administration* (p. 77). On peut cependant parler de moralité parce que même louable en soi, l'acte contraire à l'organisation de la fonction publique préjudicie au bien public. »

En d'autres termes, l'Administration morale est la bonne Administration. Mais estimer qu'un acte est inopportun, c'est penser que son auteur a fait de la mauvaise administration et dès lors le Conseil d'Etat est ici de nouveau juge de toute l'opportunité. M. WELTER le nie mais sans nous expliquer la limite qu'il trace. La notion de *moralité* non plus que celles de *compétence* ou d'*excès de pouvoir*, une fois privée de son sens véritable ne peut limiter les pouvoirs d'un tribunal. Or en droit positif, le Conseil d'Etat n'est pas toujours juge de l'opportunité, il ne se conforme donc pas au système préconisé, et c'est ce qui explique que l'exposé si documenté de M. WELTER soit trop souvent descriptif, qu'il constate la jurisprudence sans la prévoir.

Historiquement d'ailleurs, il était impossible que le Conseil d'Etat suivit un système qui assimilait des choses politiquement si différentes. Pour M. HAURIOU, l'erreur de fait n'est jamais une violation de la loi (voir notes sous Gomel précitée et sous Lefranc S. 26-3-25). « L'illégalité pour erreur de fait est incompréhensible. » Pour en expliquer la sanction, il faut donc toujours recourir à l'idée de moralité administrative.

Nous avons essayé de montrer que celle-ci était superflue là où il y avait compétence liée, l'annulation pour erreur de fait étant une suite logique du contrôle de légalité dans une note au S. 1927-3-57, M. HAURIOU semble l'admettre lui-même. En tout cas politiquement l'intervention du juge ne soulève alors aucune difficulté. Ces raisons expliquent que dans les cas de compétence liée le Conseil d'Etat a pu être juge du fait depuis le Second Empire.

La doctrine de M. HAURIOU au contraire n'indique pas pourquoi le « contrôle de la moralité administrative » ne s'est implanté dans certaines matières que quarante ans après avoir été admis dans d'autres. Il faut une cause à ce retard, et elle ne

peut résider que dans l'étendue du pouvoir discrétionnaire en jeu.

C'est qu'en effet la moralité, du moment où elle est distincte de la légalité, rentre dans le pouvoir discrétionnaire qui comprend tout ce qui n'est pas déterminé par la légalité. Moralité et opportunité s'opposent encore moins que légalité et opportunité. C'est ce que prouvent les difficultés et l'arbitraire du sens prêté au mot « moralité » dans la terminologie de M. HAURIU.

L'emploi de la notion de moralité aboutit finalement, dans ce système, à une équivoque : elle masque le véritable problème du pouvoir discrétionnaire juridictionnel. A tort ou à raison, en effet, on imagine qu'un jugement moral peut réunir l'unanimité des suffrages, il paraît donc naturel de s'en remettre des questions de moralité à un homme libre, au juge, et le contrôle juridictionnel de la moralité semble aller de soi.

Mais en réalité, il s'agit de faire apprécier la sagesse d'une mesure, et ici, il est évident que l'unanimité est impossible — juge et administrateur en cas de désaccord auront chacun leur vérité. Dans quel cas doit-on préférer celle du juge ? Dans quel cas faut-il que celui-ci impose son opinion sur la *rationalité* administrative ? Telles sont les questions qui se posent et que masque l'idée de « moralité administrative ».

Seule la considération de l'étendue du pouvoir discrétionnaire permet d'énoncer et d'aborder ces problèmes, de distinguer ce qui est juridique et nécessaire, de ce qui est politique et possible.

68. Or cette préoccupation de l'étendue réelle du pouvoir discrétionnaire ne se trouve pas dans l'œuvre de M. HAURIU, on l'observe à propos de ses études sur les *directives*, notion dont il a enrichi le droit français.

« L'intention d'agir dans un certain esprit, affirmée par un pouvoir discrétionnaire est ce qu'on appelle une directive, c'est-à-dire une règle que le pouvoir s'impose à lui-même. Il ne faut pas croire, en effet, qu'un pouvoir discrétionnaire soit un pouvoir qui n'a pas de règles, c'est seulement un pouvoir qui se fait à soi-même, ses propres règles. » (S. 1925-3-33.)

« La règle de droit est une disposition précise visant des hypothèses et liant strictement le juge (ou l'administrateur) en

vertu d'un pouvoir supérieur à celui du juge... Au contraire, le standard est destiné à guider le juge ou l'administrateur en lui laissant un certain pouvoir discrétionnaire. Le plus souvent le juge ou l'administrateur, armé de son pouvoir discrétionnaire, se fait à lui-même ses standards ou ses directives. » (*Rev. Trim.* p. 268). Ainsi apparaît dans la vie juridique un élément précieux de mobilité, car le pouvoir peut toujours changer de directives pour le bien public.

Mais en introduisant cette notion dans la littérature juridique, M. HAURIUO insiste presque exclusivement sur l'origine de la directive et non sur sa forme : il lui donne pour caractéristique véritable, le fait d'être posée par l'organe étatique lui-même, d'être un produit « d'autolimitation » et non « d'hétéro-limitation. »

Avec le système de M. HAURIUO, il ne peut donc pas y avoir de directives légales. Et pourtant ne vaut-il pas mieux rapprocher sous le même nom « l'ordre public » dont parle la loi de 1884 et les « circonstances exceptionnelles » dont parle la jurisprudence, plutôt que ces « circonstances exceptionnelles » et les règles précises des indemnités d'imprévision, posées, elles aussi, par des arrêts et que M. HAURIUO considère pour cette raison comme des directives ? S'il n'y a là, après tout, qu'une question de terminologie, celle que nous proposons retient peut-être une similitude plus importante. Ce qui caractérise la directive, ce n'est pas le fait qu'elle *sort* du pouvoir discrétionnaire, mais le fait qu'elle le *conserve* et pose ainsi certains problèmes au juge pour la détermination de sa compétence. Ici encore en ne retenant pas cet aspect de la directive, M. HAURIUO relègue à l'arrière-plan l'étendue du pouvoir discrétionnaire en cause.

Si nous rejetons après M. HAURIUO, l'analyse exclusivement légaliste du contrôle juridictionnel, nous croyons cependant qu'il faut encore s'efforcer de déterminer plus précisément l'étendue du pouvoir discrétionnaire que laissent les diverses règles de droit applicables : on reconnaîtra alors les cas dans lesquels le juge, en appréciant les faits, use vraiment d'un pouvoir discrétionnaire, c'est ensuite seulement qu'on pourra essayer de dégager de ces cas les idées générales qui peuvent leur être communes.

Nous essayerons de procéder ainsi pour le droit positif français : mais avant de rechercher l'étendue actuelle de l'examen du fait, il faudra en retracer l'historique au XIX^e siècle.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT POSITIF FRANÇAIS

Section I — Historique

CHAPITRE V

L'EXAMEN DU FAIT PAR LE CONSEIL D'ÉTAT AU XIX^{me} SIÈCLE

69. A la fin du XIX^e siècle, la doctrine enseigne que le Conseil d'Etat est juge du droit dans le contentieux de l'annulation, juge du fait et du droit dans le contentieux de pleine juridiction.

Il convient de rechercher la raison d'être de cette règle : nous serons ainsi conduit à nous demander ce qui a fondé la distinction des deux contentieux, ce qui en a gouverné l'évolution et le déclin ; nous verrons alors si la règle traditionnelle peut encore aujourd'hui conserver son empire.

70. En parcourant les premiers ouvrages de droit administratif, on constate que la question de l'examen du fait par le Conseil d'Etat n'y tient à peu près aucune place. Les auteurs de cette époque ne semblent pas avoir songé à transplanter dans le contentieux administratif, la distinction du fait et du droit que l'existence de la Cour de Cassation rendait cependant familière. Mais si l'on recherche soigneusement les allusions incidentes à cette question, et si on les rapproche les unes

des autres, on comprend le laconisme des auteurs : la question de l'examen du fait est, pour eux, résolue par leur conception générale du contentieux administratif.

Là où il y a véritablement contentieux, là où les particuliers trouvent un juge, celui-ci connaît du fait comme il connaît du droit ; là où il n'y a ni contentieux, ni jugement proprement dits, mais seulement intervention gracieuse du Chef de l'Etat pour rétablir l'ordre des compétences violées, on ne voit même pas comment un examen du fait pourrait être nécessaire : l'excès de pouvoir n'est tel que s'il est flagrant.

Ainsi la question de l'examen du fait tantôt ne se pose pas, tantôt est évidemment résolue par l'affirmative ; pour savoir quelle est celle de ces hypothèses dans laquelle on se trouve, il faut voir si un « droit subjectif » est en jeu, puisque c'est là ce qui conditionne l'existence du contentieux ; le droit subjectif fait-il défaut, il ne saurait plus être question de juridiction, mais seulement d'Administration.

71. S'inspirant de cette conception, les auteurs restreignent, nous le verrons, le contentieux administratif à des matières bien déterminées. Ils sont dès lors beaucoup plus préoccupés de tracer les limites du contentieux administratif et du contentieux judiciaire, que celles du contentieux administratif et de l'Administration proprement dite. Les droits de celle-ci paraissent suffisamment garantis par le principe d'une énumération limitative des matières contentieuses et aussi, pratiquement, tant par l'amovibilité des **Conseillers d'Etat**, que par la nécessité pour les projets d'arrêts, d'une approbation du Souverain.

Si proche du contentieux judiciaire qu'il doit en être distingué presque artificiellement, le contentieux administratif qui intéresse des *droits subjectifs acquis*, est conçu à l'imitation de son aîné : il reçoit un juge, et ce juge doit nécessairement connaître à la fois du fait et du droit, car sa juridiction n'aurait autrement aucun sens. La Cour de Cassation peut limiter son examen au droit, parce que le fond a déjà eu ses juges (on peut même ajouter que la Cour de Cassation n'examine pas le fond, parce qu'à l'origine elle n'est pas un juge, mais un élément du pouvoir législatif (voir ci-dessus, p. 17). Mais quelle serait la valeur d'un juge qui, en matière de travaux publics

ou de contributions directes ne pourraient pas examiner les faits ? Quelles garanties offrirait-il ? Son intervention serait un leurre.

Aussi la qualité de juge reconnue au Conseil d'Etat suffit-elle à résoudre la question de ses pouvoirs : les auteurs indiquent, incidemment seulement « que le Conseil d'Etat statuant au contentieux connaît à la fois du fond et de la forme. » Ils l'ont déjà dit implicitement en affirmant qu'il était un juge. CORMENIN (I, p. 206) « Cour d'appel, il prononce en dernier ressort, définitivement sur le fond des matières.... Tous arrêtés pris en matières contentieuses par le conseil de préfecture ressortissent au Conseil d'Etat soit qu'on les attaque au fond pour mal jugé, ou dans leur forme extrinsèque. »

De même SERRIGNY (p. 254 et suiv.) indiquant le rôle du Conseil d'Etat, cour d'appel administrative, souligne : « Qu'il n'a pas seulement le droit de casser pour excès de pouvoir ou violation des formes et de la loi. Il apprécie au fond les réclamations et fait ce que les premiers juges auraient dû faire eux-mêmes. »

72. Le Conseil d'Etat là où il est juge, est donc juge du fond ; et comme pendant le XIX^e siècle, il n'est juge que là où il y a un droit subjectif lésé et non un simple intérêt froissé, il est essentiel de savoir quand les particuliers sont armés d'un *droit subjectif*.

Très catégoriques pour définir le contentieux administratif par l'existence d'un droit subjectif, les auteurs, quand ils en viennent à la définition de celui-ci, se font avares d'explications ; il y a sans doute là, pour eux, une de ces notions claires qui se suffisent à elles-mêmes. Pour préciser leur pensée, il faut donc refaire leur raisonnement en sens inverse, et déduire leur notion du droit subjectif de leur énumération des matières contentieuses.

A) Avec CORMENIN l'énumération confuse de ces matières contentieuses et des quatorze motifs de recours, permet difficilement de dégager une idée générale. Dans chaque cas il cite un texte, et souvent ne fait que reculer la difficulté, puisque dans la liste des *affaires contentieuses* remises au Conseil d'Etat, il comprend les décrets ou ordonnances royales *susceptibles*

d'opposition ou d'interprétation » et les « décisions ministérielles en *matières contentieuses*. » Et l'on n'est pas davantage éclairé par l'énumération des 100 cas *d'incompétence* du Conseil d'Etat au nombre desquels on relève parmi les alignements, les actes de police et les décisions ministérielles qui fixent le traitement et le nombre des employés, « les décisions ministérielles qui n'ont ni la forme, ni le caractère d'un jugement. »

On constate toutefois que CORMENIN distingue parmi les causes de rejet, le « défaut de droit positif » d'une part, et d'autre part, le fait pour une matière de ne pas rentrer dans le contentieux administratif. Il peut ainsi y avoir un texte de droit positif et des obligations résultant de celui-ci sans qu'il y ait pour celà *matières contentieuses*. Le *droit subjectif* caractéristique de ces matières n'est donc pas seulement la conséquence d'un texte de droit positif.

« Si le ministre a simplement rejeté une demande de grâce, de faveur, donné une instruction pour la poursuite ou la défense des intérêts de l'Etat, ou statué par voie de règlement de police, d'ordre public, de sûreté générale, ou s'il n'a fait que des actes de pure Administration, de régime intérieur, de simple gestion, de pure faculté, il est évident alors que de tels actes pris ou non sous la forme de décisions ne sont pas susceptibles d'être attaqués devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse, sans quoi l'on ôterait au pouvoir exécutif la salutaire liberté de ses mouvements, et l'on transférerait peu à peu, par la voie détournée des recours, le gouvernement tout entier dans le sein du Conseil d'Etat. »

Il semble qu'ici l'importance de l'intérêt général en cause soit décisive pour la qualification d'une matière.

B) SERRIGNY, pour éclairer son énumération, cherchera à poser des règles : a) S'il s'agit de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il n'y a jamais de recours contentieux. « On connaît qu'un acte émane du pouvoir discrétionnaire de l'administration, lorsqu'il blesse non un droit consacré par la loi, mais un simple intérêt du réclamant. »

Mais quand un droit est-il consacré par la loi ? SERRIGNY cite l'exemple de la révocation pour le magistrat ou l'officier qui ont un droit acquis et la fausse application d'un plan d'ali-

gnement général. En d'autres termes, l'absence d'obligation pour l'Administration exclut le recours.

b) Mais ce n'est pas là la seule condition de recevabilité : il faut encore considérer la matière en cause. Tantôt l'Administration statue en vertu de sa puissance de commandement, tantôt sur une réclamation ; tantôt son action « *merum est imperium quid etiam potestas appellatur* » (c'est l'Administration pure), tantôt « *mixtum est imperium quid etiam jurisdictione tenetur* » (c'est le contentieux). Les actes de tutelle qui sont des actes de protection rentrent dans le premier cas ; il faut en dire autant des ordonnances et mesures de police ou arrêtés et règlement qui ne sauraient être des jugements « parce qu'ils sont des dispositions générales et que l'intérêt particulier fléchit devant l'intérêt général. »

La « *potestas* » et le pouvoir discrétionnaire ne coïncident donc pas toujours. Ce n'est pas seulement le droit positif applicable, mais encore l'intérêt en cause qui déterminent la classification des matières, la reconnaissance d'un droit subjectif.

Quant à tracer des limites nettes, tout le monde s'y refuse. « Avez-vous la prétention de régler cette limite entre ce qui est administratif et ce qui est contentieux, de résoudre le plus vaste problème qui se soit peut-être présenté, non seulement à l'égard des légistes, mais des publicistes, un problème qui ne se résout que par le sens intime du juge, par la nature, qui se modifie à l'infini, des contestations et des litiges administratifs ? » dira ODILON BARROT (cité par LAFERRIÈRE I p. 4).

C) Pour obtenir une idée plus nette du droit subjectif, il nous faut dépasser le milieu du XIX^e siècle et interroger la pensée la plus claire de l'époque, celle de VIVIEN (I. p. 121 et suiv.).

a) « L'Administration tient en quelque façon entre deux sortes d'autorités, l'une discrétionnaire, l'autre réglée ; l'une intelligente, l'autre passive ; l'une libre et soumise dans son exercice à toutes les vicissitudes de temps et de lieux ; l'autre contrainte et dominée par la loi, le règlement ou le contrat qui la régit. » Cette distinction fixe la compétence des tribunaux. « Quand le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est seul en cause, il est juste, il est nécessaire qu'elle statue elle-même sur les difficultés auxquelles l'exercice de ce pouvoir donne

lieu. Elle était juge sans condition et sans appel. Les réclamations ne sont qu'une sorte de supplique, une demande de plus ample examen, un appel de Philippe à Philippe lui-même. La plainte qui s'élève ne saurait anéantir sa liberté d'action et faire naître un droit qui n'existait pas. »

« Mais quand il s'agit de pouvoirs limités et définis de l'Administration, ce n'est plus à son bon vouloir qu'il est fait appel, mais à la loi elle-même, et la loi ne peut avoir pour interprète et pour vengeur qu'une juridiction. Il est faux de dire qu'en pareille matière, juger ce soit encore administrer. »

Dès lors, « le contentieux administratif se compose de toutes les réclamations fondées sur la violation d'une obligation imposée à l'Administration par les lois, ou les règlements qui la régissent ou les contrats qu'elle souscrit. Ainsi toute loi qui établit une compétence, qui trace une forme d'instruction ou qui pose une règle de décision, peut donner ouverture à un débat contentieux, s'il est allégué que la compétence soit intervertie, la forme inobservée ou la règle enfreinte. »

Toute obligation de l'Administration, c'est là une idée nouvelle, fait donc naître, en principe, un *droit* individuel ; celui-ci est, dirions-nous aujourd'hui, le reflexe de la compétence liée.

b) Mais comme l'énumération des obligations légales est chose humainement impossible, il faut, dit VIVIEN, dégager les principes politiques qui inspirent la législation, chercher quelles sont les circonstances dans lesquelles la loi confère à l'Administration un pouvoir discrétionnaire.

« La protection d'une autorité spéciale est attribuée en premier lieu à ce que les citoyens ont de plus cher, à leur propriété, à leur liberté personnelle, leur vie » (page 2). Il faut distinguer « les lois qui concernent directement les citoyens, règlent leur droit personnel, leur capacité civile, leurs obligations envers l'Etat et les autres lois qui s'appliquent à l'Etat lui-même. » Les premières lois sont développées, ne laissent pas de place à l'arbitraire. Dans les secondes « l'intérêt public serait compromis par une législation soupçonneuse qui, garottant l'Administration, lui refuserait la liberté de se mouvoir (page 11) (1).

(1) Prenant conscience de la réalité du pouvoir discrétionnaire,

« Régler les intérêts publics et tout en les faisant prévaloir sur les intérêts privés, concilier leurs exigences respectives autant que le comportent les circonstances et les nécessités sociales : telle est la mission de l'Administration. Pour remplir cette mission, elle a besoin d'air et d'espace, la liberté est sa vie, elle n'est pas un instrument aveugle et fatal. »

Aussi les lois qui laissent du pouvoir discrétionnaire sont, à quelques exceptions près, celles qui concernent les intérêts collectifs et généraux ; celles qui suppriment ce pouvoir, visent au contraire la propriété, la liberté personnelle, la vie des citoyens.

Ces droits entraînent la compétence du juge, les formes que l'Administration est ordinairement obligée de suivre, instituées en vue des intérêts publics (p. 333 et suiv.), ne suffisent en effet plus lorsqu'il s'agit d'un « citoyen qui, en son nom individuel et privé, la loi ou un contrat à la main, élève un combat, une prétention qui engage sa *propriété*, sa *fortune*, sa *condition personnelle*. La loi lui doit la protection dont les droits privés sont constamment entourés dans les sociétés bien ordonnées », et à défaut d'une juridiction spécialisée, tout au moins une juridiction non spécialisée, mais statuant suivant une procédure déterminée.

Ainsi le commentaire profond de la notion de droit subjectif qu'emploient tous les auteurs, c'est la Révolution Française qui le donne. Et c'est parce qu'elle a affirmé, avec une énergie encore présente à tous les esprits, les droits individuels qui étaient sacrés pour elle, qu'il est inutile de les définir : l'évidence du droit subjectif pour CORMENIN ou SERRIGNY, c'est l'évidence qui tient à la foi d'une nation.

Ce *droit subjectif*, c'est une notion politique avant d'être juridique ; c'est plus que l'envers d'une compétence liée. Elle exige encore que la propriété ou la liberté ou l'honneur soient

VIVIEN devait aussi comprendre que son existence était compatible avec l'obligation de servir l'intérêt général (II, page 330) « Quand la loi qui ne peut tout prévoir délègue son droit à un appréciateur plus flexible, plus rapproché des citoyens, mieux constitué pour ne négliger aucun élément de solution, elle entend qu'il n'écoute que la justice et l'utilité publique et loin de permettre que ces deux bases d'un bon gouvernement soient ébranlées, c'est au contraire pour les maintenir qu'elle se substitue l'Administration. »

engagées. VIVIEN a affirmé la coïncidence à peu près intégrale de ces droits individuels avec l'exclusion du pouvoir discrétionnaire par la loi — du droit politique du citoyen et de l'obligation juridique de l'Administration. Mais si les deux viennent à diverger, c'est au premier que restera attachée l'existence d'un contentieux.

73. La primauté du droit individuel au sens politique explique la conception de contentieux déterminés, en nombre limité, pouvant apparaître à propos de certains actes seulement, qui forment, à l'exclusion de tous les autres, « les matières contentieuses. »

Ce cantonnement des droits subjectifs dans certaines matières était conforme aux idées de la Révolution ; « il faut distinguer dans une société, disait DUPORT, deux sortes de lois : les lois politiques et les lois civiles — les premières embrassent les relations des individus avec la société ou celles des diverses institutions politiques entre elles. Les secondes déterminent les relations particulières d'individus à individus, c'est pour appliquer cette dernière sorte de lois que les juges sont spécialement et uniquement institués. »

THOURET disait de même : « l'exécution des lois qui ont pour objet les actions et les propriétés des citoyens nécessitent l'établissement des juges ». C'est cette théorie, ainsi que le montre M. DUGUIT (*Revue E. P.*), qui a fondé la distinction des tribunaux judiciaires et de l'Administration. Leur séparation rigoureuse correspondait à l'idée d'une « *summa divisio* » permettant de répartir nettement toutes les lois en lois d'intérêt individuel et en lois d'intérêt public (on a reconnu la persistance de cette idée chez VIVIEN).

Mais l'existence de questions à propos desquelles l'intérêt de l'Etat et l'intérêt individuel entrent en conflit, créent une difficulté : quel est celui des deux qui l'emportera ?

Partie d'une conception également dogmatique des droits de l'Etat et de ceux de l'individu — de la souveraineté et de la liberté, la pensée juridique inspirée à la fois de Rousseau et de la Déclaration des Droits de l'Homme, trouvait deux absolus s'excluant nécessairement ; ou bien le citoyen avait des droits naturels contre lesquels l'Etat ne pouvait rien, ou bien celui-ci avait une souveraineté absolue, à laquelle l'individu

était sacrifié. En présence de prétentions aussi extrêmes, comment éviter un jugement de Salomon qui faisant deux parts de la vie administrative, vouait d'une à la suprématie de l'Etat, l'autre à la suprématie de l'individu ?

Cette dernière part comprenait sous la Révolution à peu près exclusivement le contentieux fiscal (v. ESMEIN). SIEYES distingue ainsi les causes fiscales qu'il faudrait donner aux Directoires (ceux-ci étant élus au suffrage censitaire on réaliserait la vieille idée physiocratique des jurys de propriétaires, statuant sur les questions d'impôt) et les « délits des officiers publics » qu'il voudrait donner aux tribunaux de droit commun, avec appel à une Cour administrative. En dehors des questions fiscales, seule la faute personnelle grave, le *délit* du fonctionnaire peut fonder une réclamation contentieuse.

Avec les auteurs du XIX^e siècle, la liste des matières contentieuses s'accroît, mais le principe d'une énumération limitative est maintenu. On organise le contentieux de l'expropriation, car, comme l'écrit NAPOLÉON : « Je ne conçois pas comment il peut y avoir des propriétaires en France, si on peut être privé de son champ par une simple décision administrative (cité par TAINE, *Origines de la France Cont.* I p. 172). On organise aussi le contentieux électoral CORMENIN caractérisait encore cependant, dans son introduction, comme étant « plutôt une matière d'équité que de droit strict et plutôt administrative que judiciaire, et plutôt encore politique qu'administrative. »

Pour les cas où un ensemble de rapports patrimoniaux s'institue entre l'individu et l'Etat, il existe un contentieux des travaux publics, des marchés de fournitures, et, plus tard, des pensions militaires ; en dehors de ces domaines, l'Administration peut encore froisser des intérêts individuels : ceux-ci sont sacrifiés à l'intérêt général, il n'y a donc pas de recours contentieux possible, une réclamation gracieuse est seule concevable.

« Le contentieux judiciaire, écrira DUCROCQ, embrasse des luttes entre droits purement privés, tandis que le contentieux administratif comprend celles où l'intérêt général est en présence d'un droit privé ». Il faut préciser que pendant la première moitié du XIX^e siècle, il ne comprend que celles où l'intérêt privé est présumé prépondérant. C'est dans ce domaine

seulement qu'il pourra y avoir un juge qui connaîtra les faits.

74. Dans un pareil système en effet, il n'y a évidemment pas place pour un recours objectif, fondé sur la violation de la loi quelle qu'elle soit, produisant un effet « erga omnes ».

Le recours pour excès de pouvoir ne s'explique pas par la conception qu'on se fait du droit subjectif et dès lors, ce recours n'est pas contentieux. Né de la tradition monarchique, des souvenirs du Conseil du Roi et des droits persistants du Souverain, indépendant de tout texte, mais exceptionnel à l'origine, il a une place particulière.

Si CORMENIN le range dans le contentieux *lato sensu*, il le rapproche du règlement des compétences et des conflits et oppose ces attributions au contentieux *proprement dit*.

Il y a un recours (I p. 178), « soit devant le ministre parce qu'il est le supérieur de l'agent, soit devant le Conseil d'Etat parce qu'il a le suprême règlement des compétences, et qu'il est le vengeur des juridictions violées. » Un tel recours ne peut être en réalité pour CORMENIN que l'un des moyens de « cette centralisation qui exprime la France administrative, dont le budget n'est que le livre, et qui repose sur l'instinct de l'unité... qui inspire l'homogénéité de toutes les branches des services publics ». (Préface p. viii).

SERRIGNY (I p. 236), distingue parmi les attributions *quasi contentieuses* du Conseil d'Etat : a) le règlement des conflits d'attribution ; b) « le règlement des questions de compétence qui s'élèvent entre autorités administratives en matières contentieuses ; c) les recours pour incompétence ou excès de pouvoir contre les autorités administratives ». Et pour expliquer l'existence de ce dernier recours, *en dehors* des matières contentieuses il indique que le Roi, chef de l'Administration « doit empêcher les *exactions* », « que comme il s'agit d'une question d'*ordre public*, le recours pour excès de pouvoir peut être formé contre les actes des autorités administratives et les actes que la loi dit en dernier ressort » (p. 208). « Du principe que les réclamations d'incompétence à l'égard du corps administratif ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux, et doivent être portées au Roi », il suit que « le Roi peut les faire examiner par son Conseil d'Etat ; que le Conseil d'Etat peut annuler pour incompétence ou excès de pou-

voir, les décisions de toute autorité administrative, même rendues en dernier ressort. »

Pour VIVIEN aussi (I, p. 157), il faut « régler souverainement la compétence respective des autorités judiciaires et administratives, faire *rentrez dans leur sphère* les agents administratifs qui en seraient sortis, réformer les décisions de premier et de dernier ressort qui contiendraient un excès de pouvoir, et remplir dans l'ordre administratif l'office d'une Cour de Cassation, à ce titre maintenir l'observation de la loi, renfermer toutes les autorités dans le cercle qui leur est tracé, et assurer l'unité de la jurisprudence. » Ce rôle n'est pas celui d'un tribunal et ce qui permet au Conseil d'Etat de le remplir, c'est bien sa situation particulière, il est « pour les ministres un guide d'autant plus sûr qu'il sait lui résister, pour les citoyens un défenseur d'autant plus écouté qu'il sait leur donner tort ». (I, p. 93).

Le droit administratif s'en tient à la conception de l'excès de pouvoir qui est demeurée aujourd'hui encore celle de la Cour de Cassation et qui est conforme au sens premier du terme « on ne peut dire qu'un juge excède ses pouvoirs parce qu'il se trompe en les exerçant (LAFERRIÈRE II, p. 397 et suiv.)

Mais dès lors la question de l'examen du fait doit se poser tout différemment dans le recours contentieux et dans le recours pour excès de pouvoir. Avec celui-ci le particulier ne trouve point un juge normal, ce qu'il peut poursuivre c'est seulement la répression d'abus particulièrement graves, de « délits publics » d'actes par lesquels les diverses autorités méconnaissent leur compétence. Comment une question de fait pourrait-elle se poser dans ces conditions ? La compétence d'une autorité est une question de pur droit, pour faire un règlement de compétences, il ne paraît pas nécessaire d'examiner les faits. La notion même de l'excès de pouvoir exclut ainsi cet examen. Au surplus qui dit erreur de fait, dit contestation possible, incertitude, illégalité dissimulée sinon incertaine et non question d'ordre public, abus dont la répression s'impose. L'erreur de fait n'est pas assez grave pour mériter l'annulation pour excès de pouvoir, c'est-à-dire une intervention extraordinaire du Conseil d'Etat.

Ici encore, par conséquent, la question de l'examen du fait est toute résolue par la nature même du recours envisagé,

c'est incidemment seulement que les auteurs indiquent la solution applicable : CORMENIN p. 28. « Le Conseil d'Etat lorsqu'il est saisi d'un recours pour incompétence ou excès de pouvoir, ne peut s'occuper du fond. Il exerce une autorité analogue à celle de la Cour de Cassation. »

75. Par la suite, l'apparition de nouvelles ouvertures, les facilités pratiques, tout le développement du recours pour excès de pouvoir lui enlèvent son caractère de voie de recours exceptionnelle. Il pénètre alors dans le contentieux proprement dit et c'est pour lui faire une place que les auteurs créent la distinction du *contentieux de l'annulation* et du *contentieux de pleine juridiction*, tout en soulignant la nouveauté de ces appellations, et la persistance des anciennes règles.

AUCOC (I, p. 510) « La juridiction administrative suprême, le Conseil d'Etat exerce une autorité spéciale que l'on a parfois confondue à tort avec le contentieux administratif proprement dit : il est de principe que tout acte émané d'un agent administratif peut être attaqué devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir lorsque même que la matière serait de celles où l'appréciation des intérêts qui sont en jeu aurait été laissée d'une manière discrétionnaire à l'Administration. Seulement ici la mission de la juridiction administrative supérieure n'est plus celle qui lui appartient quand elle statue sur le contentieux administratif proprement dit. Elle ne peut plus substituer pour le fond son appréciation à celle de l'autorité administrative : elle n'a qu'une chose à vérifier : l'administrateur est-il resté dans la limite de ses pouvoirs ? »

De même pour DUCROCQ (II, p. 29). « Le droit de recours au Conseil d'Etat est général, peut atteindre tous les actes administratifs, parce que le Conseil d'Etat est régulateur de toutes les compétences administratives, ayant une mission de juridiction générale à l'effet de rétablir l'ordre troublé au sein de l'organisation administrative. » Sa décision est alors semblable à un règlement des conflits.

Quant au recours contentieux proprement dit, « il est nouvellement appelé contentieux de pleine juridiction, mot nouveau pour exprimer une idée ancienne et de tout temps reconnue. Il n'y a pas lieu d'attacher d'importance aux dénominations. »

Pour LAFERRIÈRE lui-même, la question de l'examen de fait est réglée d'emblée par les précédents historiques, puisque la distinction du contentieux de l'annulation et du contentieux de pleine juridiction coïncide avec celle, récente encore, du recours contentieux et du recours gracieux au Chef de l'Etat en son Conseil. Le Conseil d'Etat connaît des faits dans le contentieux de la réformation, mais non dans celui de l'annulation : cette règle trouve son commentaire, sa légitimation et son illustration dans des traditions toujours sous entendues, dont la théorie est présente à l'esprit du juriste du XIX^e siècle : le recours pour excès de pouvoir n'est pas un recours de plein contentieux.

En sorte que LAFERRIÈRE, lui-même, s'il aborde bien plus nettement que ses prédécesseurs, la question de l'examen de fait, ne s'y attarde pas encore beaucoup ; pour lui la véritable différence pratique des deux contentieux, celle qui légitime l'appellation du premier et qui en fait la *plénitude*, c'est le pouvoir de réformation du Conseil d'Etat opposé au droit tout négatif d'annulation : absence de limite dans le pouvoir de décision, absence de limite dans l'examen du litige, les deux libertés se correspondent, mais l'une est logiquement première. La doctrine de LAFERRIÈRE sur la compétence du Conseil d'Etat est ainsi l'aboutissement de toute l'évolution jurisprudentielle du XIX^e siècle.

76. Aussi importe-t-il d'en rappeler les termes. Dès le début, LAFERRIÈRE oppose (I p. XVII) le contentieux de pleine juridiction « constitué par les litiges sur lesquels les tribunaux administratifs statuent en fait et en droit — ils exercent à l'égard de l'Administration des pouvoirs très étendus de contrôle, de réformation, de condamnation », et « le contentieux de l'annulation formé des litiges sur lesquels la juridiction administrative ne prononce qu'en droit, avec le pouvoir d'annuler mais non de réformer les décisions attaquées. »

Dans le premier, les tribunaux connaissent « non seulement des décisions illégales, mais encore celles qui sont erronées. » Au contraire « les commandements de la puissance publique ne peuvent être qu'annulés et seulement pour illégalité, non pour inopportunité ou fausse appréciation des faits » (p. 6 et suiv.).

A propos du premier contentieux, LAFERRIÈRE distingue très nettement la complexité des questions de faits qui peuvent se poser.

A) En matière *fiscale* (II, p. 267) « dans beaucoup de cas la légalité de ces taxes (assimilées) est subordonnée non seulement à la régularité intrinsèque des actes administratifs qui autorisent la perception, mais encore à ce qu'on pourrait appeler leur régularité extrinsèque, c'est-à-dire celle qui dépend de circonstances, de constatations administratives, sans lesquelles l'impôt ne pourrait être levé. L'appréciation que l'Administration active doit nécessairement faire de ces circonstances, avant d'autoriser la perception, ne lie pas toujours la juridiction contentieuse : celle-ci a le droit de vérifier si l'insuffisance des ressources alléguées par une commune qui réclame des taxes de pavage résulte réellement de ses budgets et de ses comptes, si l'association syndicale dont les perceptions sont contestées fonctionne régulièrement et a exécuté les travaux dont elle réclame le paiement aux intéressés. »

B) Pour le contentieux *électoral* (II, p. 321), « sous réserve des questions préjudicielles d'état, toutes les questions d'éligibilité et d'incompatibilité ressortissent de la manière la plus large en fait aussi bien qu'en droit au juge de l'élection. » (v. p. 338 et suiv. pour des exemples de difficultés).

C) A propos du contentieux des *pensions*, (II, p. 211) : « Le contentieux auquel donne lieu le refus des pensions est un contentieux de pleine juridiction qui s'étend à toutes les questions de fait et de droit, de fond, de forme, de déchéance. S'il s'agit de pension d'ancienneté le Conseil d'Etat est juge de tout ce qui touche à l'âge et au temps de service. S'il s'agit de pension pour blessures ou infirmités, le Conseil d'Etat est juge de leur nature, de leur gravité, de leur origine, de la question de savoir si elles sont ou non incurables, si elles mettent le fonctionnaire hors d'état de continuer son service, l'officier hors d'état de rester en activité, et d'y rentrer ultérieurement, le sous-officier ou le soldat dans l'impossibilité de pourvoir à sa subsistance. » Ce sont des « questions singulièrement complexes et souvent pleines de difficultés techniques. »

D) De même dans le contentieux de la *répression* le Conseil d'Etat pourra rechercher si un cours d'eau est navigable, si

le prévenu pouvait éviter le dommage ; déterminer les limites du domaine public naturel, (II, p. 632). « Il n'est pas nécessaire que le domaine public naturel ait été délimité par acte d'autorité publique, pour que l'Administration poursuive, et pour que le juge de la contravention réprime un empiètement ; il a qualité pour rechercher lui-même les limites et il n'a ni l'obligation, ni même le droit de surseoir pour qu'elles soient préjudiciellement reconnues. Ce droit de vérifications entraîne pour le juge de la contravention, le droit de recourir à des mesures d'instruction telles que : visite des lieux, vérification confiée à des experts ou à des agents de l'Administration. »

Toutes ces investigations restent au contraire interdites dans le *recours pour excès de pouvoir* (II, p. 395). Il n'est à proprement parler ni principal, ni subsidiaire vis-à-vis d'un autre recours. Il est de nature bien différente, il répond à l'idée d'annulation, de cassation, abstraction faite de toute décision sur le fond du droit tandis que les autres procédures d'ordre administratif ou juridictionnel ont le fond même du droit pour objet. » Il permet « l'annulation d'une décision illégale » et non « la réformation d'une décision erronée ».

Ce qui à ce moment encore fonde la différence dans l'examen du fait, c'est, nous l'avons dit, la situation particulière du Conseil d'Etat statuant sur un recours pour excès de pouvoir, juge récent, bien particulier encore, dont l'intervention demeure hésitante, réservée à des cas graves. La distinction de procédure correspond à celle des droits subjectifs essentiels, et des simples conséquences d'obligations administratives. Le recours contentieux est selon l'expression de LAFERRIÈRE « plus complet » que le recours pour excès de pouvoir.

La fin de non recevoir tirée de l'existence d'un *recours parallèle* vient consolider cette répartition matérielle des contentieux et prévenir une confusion contre nature. On ne peut mettre au service des droits subjectifs le recours réservé aux actes indifférents à ces droits, ni réclamer, en se fondant sur eux, autre chose qu'une réparation immédiate, stricte et toujours individuelle.

77. Mais la conception sur laquelle se fonde tout ce système juridique, conception qui réserve à certaines situations

définies d'avance la protection intégrale du droit individuel, n'est-elle pas compromise par l'évolution sociale déjà à l'époque où écrit LAFERRIÈRE, et ne va-t-elle pas être bientôt irrémédiablement condamnée ?

Lorsque cette conception s'est développée, le droit public encore embryonnaire imposait très peu d'obligations à l'Administration, dont la compétence n'était que très rarement liée en dehors des matières où les croyances politiques, attribuant des droits subjectifs aux citoyens, avaient inspiré aux législateurs successifs une limitation des droits de l'Etat ; VIVIEN pouvait soutenir qu'en fait le droit positif n'obligeait l'Administration qu'en présence de la liberté de la propriété ou de la vie des citoyens.

Pourtant, les rares formalités édictées dès ce moment, dans les matières non contentieuses, devaient-elles être, faute de recours, pratiquement facultatives ? Pour échapper à cet inconvénient, CORMENIN (p. 262) répondait que « l'inobservation des formes protectrices des intérêts particuliers peut transformer un acte d'administration pure en un acte de contentieux administratif. »

Cet expédient logique ne pouvait suffire devant la multiplication de ces formalités, devant l'évolution sociale qui s'accomplissait.

On connaît les préoccupations politiques qui ont porté NAPOLEON III à favoriser l'extension des pouvoirs du Conseil d'Etat considérations rappelées par le Commissaire du Gouvernement AUCOC dans ses conclusions sous l'arrêt Bizet du 13 Juin 1867. « Le Gouvernement sur qui retombe la responsabilité des fautes de ses agents a grand intérêt à ce que les plaintes qu'elles soulèvent puissent arriver jusqu'à lui, parce que les griefs les plus minimes peuvent, en se multipliant, amener de graves inconvénients. Il y a là une soupape de sûreté qui doit toujours rester ouverte » (voir aussi 21 Juillet 1864 conclusions de CH. ROBERT : « Nous appelons de tous nos vœux le jour où le Gouvernement impérial croirait possible d'ouvrir toute grande la porte du Conseil d'Etat, en rendant le recours pour excès de pouvoir gratuit, comme le droit de pétition. ») C'est « l'opposition du Chef d'Etat élément et des administrateurs inférieurs rudes » (GEORGIN p. 253).

Les décrets de déconcentration de 1852 font aussi naître

la préoccupation de rendre aux citoyens les garanties du régime antérieur : les recours pour excès de pouvoir viseront pour la plupart, sous le Second Empire, les actes de juridictions, ou d'autorités déconcentrées (maires, préfets, conseils généraux ou municipaux), (AUCOC I p. 128).

A ces raisons s'en joignent d'autres plus profondes. Jusque vers 1860 le petit nombre des rapports existant entre l'individu et l'Etat (dont l'action demeurait très restreinte) limitait les chances de collision entre eux. Garanti en tant que contribuable, électeur et entrepreneur de travaux publics le citoyen ne pouvait guère être atteint autrement par une activité demeurée réduite.

La multiplication des interventions administratives devait détruire cette sécurité. Le Second Empire est une époque de prospérité, de développement des affaires, des travaux publics et des initiatives étatiques. On s'aperçoit que dans une société évoluée, tous les actes administratifs peuvent menacer ou favoriser la propriété et les biens des citoyens. Pour les protéger il faut généraliser le contrôle de légalité. Semblable à l'Etat moderne dont parlait M. HAURIU dans ses « *Principes de Droit public* », le recours pour excès de pouvoir s'est, lui aussi, développé « dans un bain d'argent » ; la préoccupation politique (il faudrait plutôt dire ici la préoccupation économique) commande l'extension du contentieux de l'annulation.

78. La propriété individuelle, la liberté du commerce et de l'industrie bénéficient les premières de l'extension du recours pour excès de pouvoir, à la naissance duquel elles avaient sans doute déjà présidé.

Les premiers arrêts annulant des actes administratifs pour violation de la loi, concernant (ARTUR p. 337), des atteintes aux libertés économiques (institution de banalités 29 Avril 1809 Félix Durand ; interdiction de faire paître des bestiaux, 16 Frimaire, an XIV, Préfet de la Sarthe; voir aussi 31 Mai 1807 Negro et 18 Décembre 1822 Laroque, reconnaissant l'illégalité d'arrêts ayant institué dans une commune un monopole de la vente du poisson ou de la viande ; 28 Février 1810, Gaillard et consorts, rejet *au fond* d'un recours pour excès de pouvoir critiquant l'autorisation de vendre du pain au public, donnée par le

préfet à un fournisseur des prisons ; l'arrêt vise la loi des 2-17 Mars 1791).

Avant 1864, une trentaine d'arrêts rendus sur recours pour excès de pouvoir (GEORGIN p. 226), avaient de même déjà annulés pour violation de la loi, des actes portant atteinte au droit de propriété ; leur tradition avait été inaugurée dès le 16 Messidor an XIII, par un arrêt Lapeyrolien, annulant l'institution d'une servitude de halage.

Mais ce sont là des décisions rares ; or, à partir de 1860, les conflits de ces droits privilégiés avec une activité administrative amplifiée, se multiplient. Des décisions exceptionnelles ne peuvent suffire à les protéger. Des jurisprudences nouvelles naissent. *a)* C'est la théorie de l'excès de pouvoir flagrant qui, par une interpénétration de la forme et du fond (LAFERRIÈRE II, p. 482 et suiv.) fait dépendre la recevabilité d'un recours irrégulier de son bien fondé, tendant ainsi pratiquement à supprimer la question de la recevabilité. Voir par ex. l'arrêt Cne de Petite Scynthe du 13 Mai 1869 aux conclusions de M. de BELBŒUF, admettant le recours d'un habitant.

b) C'est la sanction du détournement de pouvoir. Un arrêt du 17 Mai 1858 (Vernes) annule une taxe perçue sur les baigneurs de Trouville ; le 13 Février 1864, l'attribution exclusive du service d'une gare à un entrepreneur est annulée. (Lesbats).

c) Le Conseil d'Etat entreprend un certain examen du fait pour la délimitation du domaine public (Drillet de Langoir, 7 mars 1863).

79. La défense des droits économiques inspire ces innovations. Mais le privilège de ces droits individuels qui sont autre chose encore que les conséquences automatiques d'obligations administratives, subsiste toujours. Même sur le terrain du recours pour excès de pouvoir, la violation de la loi ne suffit pas. Il faut encore la lésion d'un *droit acquis* qui reste distinct du droit à l'observation de la loi.

LAFERRIÈRE expliquait cette exigence par l'origine du recours pour violation de la loi. « L'œuvre de la jurisprudence a donc consisté moins à créer un recours pour violation de la loi et du droit acquis qu'à assimiler au recours pour excès

de pouvoir, au point de vue de sa procédure et de ses effets... » celui qui était à l'origine « indépendant du recours pour excès de pouvoir, et fondé sur le principe suivant lequel l'atteinte à un droit peut donner naissance à une réclamation devant le juge administratif. » Pour que cet ancien recours fut ouvert, il fallait, comme pour tous les recours de plein contentieux, non seulement une simple violation de la loi, mais encore un *droit acquis*, et c'est cette condition qui selon LAFERRIÈRE a été transportée, avec le recours annexé, sur le terrain du recours pour excès de pouvoir. Celui-ci s'est donc trouvé à son tour réservé à certaines matières, à *certaines intérêts*.

Dans une étude très documentée, M. GEORGIN, (p. 253 et suiv.), a contesté cet historique classique du recours pour excès de pouvoir, et soutenu que le recours pour violation de la loi datait presque lui-même du Second Empire, qu'il avait *toujours* été un recours pour excès de pouvoir et qu'il avait cependant toujours impliqué l'existence d'un droit acquis. Le détournement de pouvoir aurait été, lui aussi, dès son apparition, selon M. GEORGIN, subordonné à l'existence d'un droit acquis ; Lebon note sous Monrothier, 23 Mars 1888 ; (Bonhomme 6 Mars 1885, et l'article de M. ROMIEU R. G. A. 1888, p. 440). Tel est aussi l'historique des deux dernières ouvertures, selon ARTUR p. 328 et suiv.

Mais s'il en est ainsi, les précédents juridiques n'expliquent même plus, comme dans la thèse de LAFERRIÈRE, l'exigence supplémentaire d'un droit acquis dans certains recours pour excès de pouvoir ; cette exigence apparaît donc plus nettement encore comme le résidu tenace d'une conception dans laquelle il faut, pour qu'il y ait excès de pouvoir, un abus grave, plus grave que la violation de n'importe quelle loi.

A ce moment, l'évolution historique a déjà condamné une première fois, nous l'avons vu, la tendance à enfermer la défense des droits individuels dans certaines matières déterminées et à leur assigner un nombre défini de contentieux correspondants. Mais cette tendance garde encore assez de force pour ressusciter dans le contentieux de l'annulation, la division des matières contentieuses et non contentieuses, jadis assurée par l'opposition du recours contentieux et du recours gracieux. Elle inspire en même temps que l'exigence des droits

acquis, la théorie des *actes discrétionnaires* (LAFERRIÈRE II, 423) « ou de pure Administration accomplis afin de pourvoir aux intérêts généraux ou particuliers, et non pour satisfaire à des droits ou à la loi », révocation des fonctionnaires, ou règlements très généraux : personne n'a l'intérêt suffisant pour les attaquer.

Il y a donc toujours des matières dans lesquelles il n'y a pas de droit acquis possible. C'est là une inconséquence certaine, puisque DUCROCQ par exemple définissant le contentieux par l'invocation du droit acquis, écrit ensuite : « Il y a droit acquis, violé, chaque fois que l'acte ou le fait contre lequel on réclame, a été accompli au mépris d'une obligation de l'Administration résultant d'un texte de loi ou d'un contrat (II, p. 24). AUCOC parle aussi (I, p. 490) de « droits acquis en vertu de lois, de règlements ou de contrats. » Dès lors il semble que partout où il y a une loi ou un règlement, il devrait y avoir des droits acquis, qu'aucune matière ne devrait plus leur être interdite a priori.

Mais en réalité pour tous les auteurs la notion de droit acquis conserve toujours une coloration politique qui en fait plus encore que le réflexe d'une obligation. Et comme le recours pour excès de pouvoir est toujours une voie de recours extraordinaire (1), il ne sanctionne que des illégalités graves, que des atteintes à ces droits privilégiés.

C'est pour la même raison qu'on en exclut l'erreur de fait. A vrai dire, LAFERRIÈRE lui-même est obligé d'apporter à cette règle, une exception grave (II, p. 532). « Le Conseil d'Etat s'est souvent reconnu le droit de rechercher si les faits servant de base à la décision avaient bien été définis au point de vue juridique, et de vérifier dans ce but l'existence et la nature de ces faits. »

Mais cet examen admis en infraction aux principes posés, ne peut guère être d'une pratique fréquente : la constatation des vices d'incompétence et de forme ne soulève guère de question de fait, la consultation des pièces du dossier suffit. De même, à l'origine, le détournement de pouvoir ne peut

(1) Voir pour la persistance de cette opposition contre le recours pour excès de pouvoir et le recours contentieux, HAURIOU, note sous Carteron S. 07-3-97.

résulter que d'un aveu du fonctionnaire. Pour que l'utilité d'un examen de fait apparaisse couramment, il faut que la violation de la loi prenne toute son importance grâce à l'abandon de la condition du droit acquis.

80. Ce sera là le dernier coup porté à la conception révolutionnaire qui a fondé la distinction des deux contentieux. De nouvelles nécessités sociales vont, ici, se faire sentir. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la plupart des recours remplissaient pratiquement la condition du droit acquis. Parmi les droits acquis toujours invocables, LAFERRIÈRE (I, p. 508), distinguait, en effet, la propriété, la liberté du commerce et de l'industrie, et les droits résultant de grades, de fonctions ou de titres, se rattachant à des statuts privilégiés comme celui des officiers. Or, « pendant des années, note M. GEORGIN, le recours pour excès de pouvoir fondé sur la violation de la loi n'a été formé qu'en vue de défendre le droit de propriété ou ses dérivés contre les atteintes des agents de l'Administration. »

Les années 1900, en même temps qu'elles multiplient les menaces envers ces droits, font apparaître des problèmes nouveaux : luttes religieuses, statut des fonctionnaires, dont le nombre croît. LAFERRIÈRE pressentait déjà l'existence de « ces intérêts respectables qu'on a parfois appelés des intérêts imprégnés de droit » ; il faut à présent leur faire une place.

On connaît l'évolution qui s'est traduite par l'admission des recours du contribuable, d'abord à propos de la loi de 1884, (29 Mars 1901 Casanova) puis (6 Avril 1906 Camus), en l'absence de tout texte spécial. A propos du statut des fonctionnaires, des arrêts du 1^{er} Juin 1906 (Alcindor) reconnaissent à ceux-ci la faculté de demander l'annulation des nominations illégales intervenues dans leur service.

Le Commissaire du Gouvernement ARRIVIÈRE, dans ses conclusions sous les arrêts Lot et Molinier du 11 Décembre 1903, reconnaissait déjà que « les intérêts et les droits sont ici la même chose. » De même encore un arrêt du 1^{er} Février 1901 (Nolet) admet, pour la délimitation du domaine public, le recours du non riverain.

C'est que, comme l'écrira plus tard M. ALIBERT (p. 44) « la violation du droit acquis, en effet, équivaut à une violation de la loi toutes les fois que les droits violés découlent d'une loi

ou d'une règle de droit équivalant à la loi. » Il n'y a donc plus de violation du droit qui soit trop bénigne pour mériter une sanction.

La notion *juridique* du droit subjectif conséquence de toute obligation administrative l'emporte sur la notion *politique*. Et l'abandon de la théorie des actes discrétionnaires (ALIBERT, p. 279) vient compléter celui du droit acquis.

On sort de « l'impasse des matières contentieuses, c'est-à-dire des matières où les administrés ont d'avance des droits acquis ; c'est un cercle vicieux que d'enfermer les recours contentieux dans la notion des droits acquis parce que les droits acquis à leur tour résultent de la pratique des recours contentieux. » (HAURIOU S. 1911-3-38 note sous Empis). « La légalité tout entière devient pratiquement obligatoire, comme elle l'était déjà théoriquement ; il y a une décentralisation du contrôle administratif consécutive à la décentralisation du pouvoir politique résultant du suffrage universel. De même que chaque citoyen a le bulletin de vote, de même il convient qu'il ait la réclamation contentieuse. »

81. Mais si la réclamation du citoyen peut s'étendre à toutes les matières, si l'on renonce au partage révolutionnaire des lois relatives à l'intérêt public, et des lois relatives à l'intérêt privé, si l'on proclame l'unité de régime de tous les actes administratifs, le Conseil d'Etat statuant au contentieux est toujours un véritable juge, quel que soit le recours dont il est saisi : la distinction du contentieux de l'annulation et du contentieux de pleine juridiction perd sa raison d'être profonde ; elle n'est plus qu'une survivance de procédure : les deux idées sur lesquelles elle reposait, privilège de juridiction réservé à certains droits, énumération limitative des matières contentieuses, se sont lentement effritées. L'objet du litige, l'effet de la condamnation, la dispense du ministère d'avocat, peuvent légitimer encore le maintien de la distinction, elle n'en est pas moins dégradée.

C'est ce qu'indique M. ALIBERT, p. 43. « Le recours pour excès de pouvoir et le recours contentieux de pleine juridiction tendent à se confondre. Ils n'étaient séparés que par une simple cloison, cette cloison a cédé, c'est un résultat fatal. »

De là les atténuations successives à la fin de non recevoir

du recours parallèle qui correspondait jusque sous le Second Empire à une séparation naturelle des choses, et qui n'apparaît plus désormais que comme une exception de forme, d'un intérêt exclusivement pratique. Ce n'est plus l'énergie du droit invoqué qui différencie les recours, mais l'objet du litige. « Le Conseil d'Etat a réduit jusqu'aux plus extrêmes limites la portée et les applications du recours parallèle (Alibert p. 158). En 1912, l'arrêt Lafage (ci-dessous n° 145 C) ramène, suivant l'expression de M. HAURIOU, la distinction des deux contentieux, « à une question de rédaction des conclusions ».

Et si la même question peut pratiquement être posée par l'un et l'autre recours, l'étendue des investigations juridictionnelles ne saurait être différente dans les deux contentieux jumeaux : le ministère d'avocat ne peut logiquement pas être la condition préalable d'une discussion des faits.

C'est ce qu'affirment formellement M. le Commissaire du Gouvernement ROMIEU dans ses conclusions sous l'arrêt Jacquin (ci-dessous n° 119 E), « la violation de la loi entraîne la plupart du temps l'appréciation des circonstances de fait dont la légalité de l'acte peut dépendre. » Résumant l'évolution qui « rend de plus en plus nombreuses les hypothèses où le juge de l'excès de pouvoir se livre aux mêmes appréciations que le juge de pleine juridiction », M. ALIBERT, (p. 58), écrira lui-même : « Cette identité apparaît avec plus de force encore dans les investigations de fait auxquelles se livre le juge de l'excès de pouvoir. »

82. La distinction des deux contentieux qui pendant tout le XIX^e siècle a résolu la question de l'examen du fait, ne remplit donc plus ce rôle. Elle a, en effet, perdu sa signification profonde qui était le cantonnement des droits individuels dans certaines matières et, dans les autres, la limitation de l'intervention juridictionnelle à la répression d'abus graves. Dans leurs conclusions, la plupart des Commissaires du Gouvernement indiquent, quand la question se pose, que le Conseil d'Etat *peut* examiner les faits dans le contentieux de l'annulation. Quand *use-t-il* de cette faculté ? C'est ce qu'il nous faudra déterminer en premier lieu en étudiant la catégorie toujours plus riche des arrêts qui sont inspirés par cette doctrine nouvelle.

Il s'en faut cependant que la distinction des deux contentieux soit désormais lettre morte pour toutes ces questions ; non seulement l'examen du fait continue à être pratiqué dans tout le contentieux de pleine juridiction, mais encore de nombreux arrêts en contradiction, semble-t-il, avec la doctrine de l'arrêt Jacquin, excluent l'examen du fait parce qu'il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir.

Y a-t-il vraiment conflit entre ces deux jurisprudences ? Ou bien la persistance, dans la seconde, du rôle attribué aux distinctions de procédure, n'est-elle qu'une apparence recouvrant l'action de principes déjà appliqués par la première jurisprudence ? C'est ce que nous rechercherons en examinant, en second lieu la persistance des distinctions de procédure.

Section II.

L'Examen du fait et le Fond du litige.

83. Le système traditionnel assurait pratiquement la liberté de l'administrateur à l'égard du juge, en abandonnant au premier certaines matières quelle que fut la règle de droit applicable. Les arrêts qui abandonnent ce point de vue doivent au contraire tenir compte de la liberté laissée, dans chaque cas particulier, à l'autorité exécutive par les règles de droit applicables. C'est donc par rapport aux différences existant dans l'étendue de cette liberté que doit être étudié, pour ces arrêts, l'examen juridictionnel du fait.

La loi peut ne pas avoir défini les faits qui doivent être considérés pour répondre à une question déterminée, laissant alors le maximum de pouvoir discrétionnaire ; ou bien elle peut les avoir définis précisément, c'est le cas de la compétence liée ; ou bien enfin elle peut avoir adopté une solution intermédiaire, donné une définition vague.

On ne saurait évidemment tracer entre ces trois catégories de règles, des limites nettes et toujours certaines. Là où nous avons vu une définition précise, d'autres verront une directive et inversement. Ces divergences inévitables prouvent que les règles posées ci-dessous partagent le sort de toutes les règles d'interprétation juridique et ne peuvent prétendre à épuiser les controverses — sort inévitable puisque la loi elle-même, nous l'avons dit, ne détruit pas complètement le pouvoir discrétionnaire.

Mais la doctrine peut remplir sa fonction si elle sait dégager les principes auxquels obéit la jurisprudence, même lorsqu'elle ne parvient pas à délimiter avec une certitude absolue leurs limites respectives d'application.

Nous envisagerons donc successivement les trois hypothèses ci-dessus indiquées.

Dans la première, qui est sans doute la plus générale, il nous faudra étudier séparément les deux principes que le Conseil d'Etat consacre :

I. Le pouvoir discrétionnaire est normalement exercé par l'Administration.

II. Le juge contrôle cependant le pouvoir discrétionnaire pour savoir s'il n'en a pas été fait un usage inadmissible, si l'administrateur compétent s'est comporté en « fonctionnaire convenable. »

CHAPITRE VI

LE PRINCIPE DE L'ATTRIBUTION DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE A L'ADMINISTRATION ACTIVE

84. L'attribution normale du pouvoir discrétionnaire à l'Administration, entraîne deux conséquences :

a) Le refus d'examiner les faits dans les questions qui relèvent de ce pouvoir discrétionnaire ;

b) L'interprétation restrictive des textes de droit administratif qui apportent des limitations au pouvoir discrétionnaire de l'autorité exécutive.

a) Nous avons déjà indiqué le lien de cause à effet qui unit le respect du pouvoir discrétionnaire d'une autorité, et le refus d'examiner les faits sur lesquels elle s'est fondée.

Les arrêts que nous citerons ici et qui réservent à l'Administration « l'appréciation de l'opportunité » excluent l'examen juridictionnel des faits.

Les deux aspects de la question sont si indissolublement liés que le Conseil d'Etat ne prend même pas la peine de les indiquer séparément. On rechercherait vainement en sens inverse un arrêt où la Haute Juridiction, après s'être refusée à apprécier l'opportunité, examinerait cependant des faits.

b) La seconde règle n'est, elle aussi qu'un aspect particulier de la première : son résultat pratique est l'incompétence du Conseil d'Etat, et cette incompétence s'explique tou-

jours par la même raison : effacement du pouvoir discrétionnaire des juges devant celui de l'Administration.

Admettons-nous, en effet, que le premier de ces pouvoirs commence bien plus tôt qu'on ne le pense généralement, qu'il englobe notamment toute interprétation qui ne se ramène pas à une analyse grammaticale du sens certain et précis des mots employés par le législateur, qu'il y a pouvoir discrétionnaire pour le juge toutes les fois qu'il y a contestation sérieuse sur le sens du droit de la part des parties ?

Il est alors certain qu'en interprétant restrictivement la loi, c'est-à-dire en se refusant à ajouter une limitation quelconque à celles que contient déjà le texte, le juge fait de son pouvoir discrétionnaire un usage négatif pour laisser toute son étendue à celui de l'Administration. Cette dernière bénéficie de l'absence de limites supplémentaires, et conserve ainsi, malgré l'intervention du juge, la disposition de tout le champ d'action que les règles de droit déjà posées, avaient laissé subsister.

85. La doctrine, pour faire ressortir la généralité de ces abstentions, les traduit habituellement par la formule suivante : « Le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître de l'opportunité des actes qui lui sont déférés », formule qui, si on laisse au mot « opportunité » tout son sens propre, doit plutôt être énoncée avec la restriction suivante : « Le Conseil d'Etat est, en règle générale, incompétent pour connaître de l'opportunité des actes administratifs. »

On trouve dans les arrêts plusieurs énoncés pratiquement équivalents de ce principe, le Conseil d'Etat semble bien les employer indifféremment (v. ci-dessus, p. 112). « Attendu que l'appréciation des faits qui ont déterminé cette mesure n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux » ; « Attendu que l'opportunité de la mesure prise ne peut être discutée par la voie contentieuse... »

Tout au plus peut-on discerner une *tendance* à parler d'appréciation des faits plutôt que d'opportunité, lorsque la décision critiquée doit sanctionner le passé plutôt que préparer l'avenir.

L'examen de la jurisprudence montre très nettement que cette incompétence du juge est la règle et que sa compétence

est l'exception. D'une part, la grande majorité des arrêts rendus sur un recours pour excès de pouvoir, respectent le pouvoir discrétionnaire de l'Administration (sous les quelques réserves générales que nous examinerons ultérieurement). Un dénombrement des questions à propos desquelles ce pouvoir s'exerce sans autre restriction que le contrôle du détournement de pouvoir, montrerait aisément qu'elles embrassent encore la plus grande partie du droit administratif.

D'autre part, là où la Haute Juridiction invoque son incompétence, elle se borne à l'affirmer : c'est donc une solution qui lui paraît aller de soi ; Elle ne nécessite aucune justification particulière, parce qu'elle est normalement applicable. Au contraire, lorsque le Conseil d'Etat contrôle l'appréciation administrative, il ne manque jamais de se fonder sur la règle de droit qu'il applique, sur la directive dont il s'inspire. Tantôt il les énonce, indique la portée qu'elles présentent, tantôt il parle simplement d' « exacte application » de la loi ou du règlement, tantôt enfin, il reprend dans ses motifs les termes mêmes employés par la loi, lorsqu'il considère que l'insertion de ces termes vagues (par exemple « ordre public ») dans le texte législatif, a pour effet d'étendre la compétence du juge.

Il faut donc toujours — cela résulte de la rédaction même des arrêts — une raison particulière pour rendre le Conseil d'Etat compétent. Pas d'examen de fond là où il y a ni règle, ni directive spéciale qui s'y rapporte. L'incompétence du juge reste la règle générale.

Il serait, dans ces conditions, fastidieux et vain de tenter l'énumération des cas de cette incompétence. On peut seulement essayer de distinguer quelques types de situations, suivant la forme de la règle de droit d'où résulte le pouvoir discrétionnaire.

86. Le cas le plus simple est celui où la loi se borne à donner compétence à une autorité administrative pour accomplir certains actes, sans fournir aucune définition des faits qui devront être considérés comme légitimant ces actes, sans formuler aucune directive pour l'emploi de ce pouvoir ; ne se reconnaissant pas normalement qualité pour suppléer cette définition, le Conseil d'Etat se refuse lorsqu'il s'agit d'examiner les faits ; tantôt il le fait purement et simplement, tantôt en

expliquant que « rien n'est venu limiter le pouvoir d'appréciation » de l'autorité considérée.

a) Pour l'organisation des services publics : Sin-le-Noble, 13 Juin 1913 à propos de l'établissement d'un octroi ; Perrat 15 Mai 1914, à propos de la fixation d'un périmètre d'octroi (l'arrêt après avoir rappelé les éléments dont il devra être tenu compte aux termes de la loi du 14 Juillet 1856 et de celle du 8 Septembre 1856 indique que « l'opportunité de la décision prise ne saurait être discutée devant le Conseil d'Etat ») ; pour la réorganisation d'un service : Vaitilingan 5 Mai 1922 ; la création d'un canton (art. 76 de la Constitution de 1848) ; Cne Asprieux, 25 Mai 1928 ; pour le rattachement d'une école de hameau à une commune : Laxon 13 Novembre 1924 ; la création d'une ligne de tramways : Marchand, 23 Juin 1911 ; l'érection d'une *paroisse* sous le régime concordataire (art 60 et 62 de la loi du 18 Germinal an X) ; Ville de Strasbourg 19 Novembre 1926 « que le nombre de paroisses n'est pas limité par l'art. 60 de la loi du 18 Germinal an X, qu'il est subordonné aux besoins, et qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de rechercher si les justifications admises à cet égard par le Gouvernement étaient suffisantes en l'espèce » ; pour le calcul de l'indemnité du curé (même arrêt) : en fixant sa quotité, l'Administration « s'est bornée à faire usage d'un pouvoir d'appréciation qui lui appartient. »

b) A propos de la répartition des biens des fabriques entre les *bureaux de bienfaisance* de plusieurs communes (art 1^{er} de la loi du 9 Décembre 1905) : Vaux 8 Mai 1914 et Jazance 15 Mai 1914. A propos du refus d'aliénation de certains immeubles d'un bureau de bienfaisance : Versailles 26 Janvier 1912.

c) Un arrêt du 29 Juillet 1925 (Leroux) déclare que la loi du 22 Juillet 1923 a entendu laisser toute liberté à l'Administration dans la *répartition* d'une *indemnité* aux victimes d'un sinistre. (Comparer pour la liberté avec laquelle le ministre fixe la liste des produits qui bénéficient de l'importation en franchise en Allemagne, à la suite du Traité de Paix de Versailles, Goldschmidt, 7 Juin 1924). De même le Conseil d'Etat se refuse à accueillir un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté par lequel le préfet fixe le *prix* auquel l'Administration

paiera *l'alcool d'industrie* (Lesaffre, 12 Juin 1925) : les textes législatifs ne contiennent aucune disposition déterminant les bases, le prix à payer par l'Etat aux fabricants des diverses catégories d'alcool, dont la production lui est réservée. Même solution pour le prix auquel a été *taxé* le pain : Fouchard, 17 Novembre 1922.

c) A propos de la fixation de certaines conditions dans les projets de *lotissement* : Laurent-Bouillet, 2 Août 1928.

De même le Préfet peut, sans donner de motifs (commune de Douarnenez, 13 Novembre 1924) refuser d'approuver la délibération de la Municipalité, donnant à une *rue le nom* de Louise Michel, en hommage public au personnage historique ainsi désigné.

b) *L'octroi des décorations* a fourni au Conseil d'Etat l'occasion de se déclarer à plusieurs reprises incompétent. (Dudavant, 24 Juin 1925 ; Perre, 12 Mai 1911 ; Graull, 5 Janvier 1924 voir ci-dessous, chap. VIII n° 113 e).

f) A propos de *naturalisation* : sieur Bonvit, 22 Juillet 1922, d'une déclaration d'indignité (rejet de l'option d'un fils d'ex-français) : Strauss, 23 Février 1923. De même à propos du retrait de naturalisation : Dreifuss, 7 Juillet 1916, « considérant qu'il résulte de la comparaison de l'art. 2 de la loi du 7 Avril 1915, avec l'art. 1^{er} de la loi du 7 Avril 1915, et aussi bien des débats qui ont eu lieu dans les Chambres législatives au cours de l'élaboration de cette loi, que le Législateur a entendu laisser à l'appréciation du Gouvernement seul, le soin de décider souverainement quelles sont celles des naturalisations postérieures au 1^{er} Janvier 1913 qui seront maintenues et celles qui seront rapportées, que par suite le sieur D... n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'Etat l'opportunité de la mesure prise à son égard » voir aussi Mayer 16 Février 1917, etc... (1).

(1) Mais l'incompétence du Conseil d'Etat ne tient pas à la matière même des naturalisations. Dans un arrêt Nguyen Vanjiap du 23 Juin 1916, par exemple, le Conseil d'Etat admet la recevabilité d'un recours formé par un indigène contre un refus de naturalisation fondé sur le fait que le postulant ne remplissait pas les conditions légales : le Conseil d'Etat vérifie si ces conditions n'étaient vraiment pas remplies (v. p. 185).

g) Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration a été aussi très souvent consacré pour des mesures intéressant des *fonctionnaires*. Voir pour la fixation des traitements du personnel des Etablissements civils : Peraldi, 3 Décembre 1912 ; du traitement de certaines catégories de fonctionnaires : Paugam, 4 Mars 1921, et Martel Chapuis 8 Juillet 1921 (arrêt d'ailleurs motivé par le fait qu'il ne peut y avoir excès de pouvoir là où il ne s'agit que de la violation d'une loi ou d'un règlement comp. ci-dessous chapitre XI).

A propos de la nomination d'un officier d'approvisionnement : Bonnet, 16 Juillet 1920 « Il rentre dans le pouvoir d'appréciation du ministre de déterminer le nombre d'officiers à titulariser, dans l'intérêt du service » ; pour le retrait d'une nomination à titre temporaire : Bernard, même date.

Il y a encore un pouvoir d'appréciation souverain du ministre, pour la réintégration après guerre d'un officier (Leloutre, 9 Mars 1927), pour l'appréciation des mérites de divers agents des transports en vue de leur avancement (Ducros, 1^{er} Avril 1927, Orsine, 23 Février 1927). Le Ministre de la Guerre est de même seul juge de l'opportunité des restrictions qu'il entend édicter à la liberté d'association des agents militaires, (Agents militaires, 8 Décembre 1928) ; pour un refus de congé à un fonctionnaire colonial (Romain, 8 Août 1921), métropolitain (Doumergue, 21 Février 1908).

87. Parfois la loi définit les faits qui permettent l'accomplissement d'un acte administratif, mais ne fait pas à l'Administration une obligation d'agir lorsque ces conditions sont réalisées. Cette situation résulte généralement de l'emploi du verbe « pouvoir » : il n'y a pour l'Administration qu'une simple faculté.

Le Conseil d'Etat, s'il annule l'intervention qui s'est produite sans que la condition requise fut réalisée, refuse d'annuler l'abstention lorsqu'elle se présente sous la forme d'une décision de rejet opposée par l'Administration à la demande d'intervention dont l'a saisie un particulier.

A) Dans beaucoup d'espèces, le Conseil d'Etat se borne à constater que la loi a créé une faculté et non une obligation : il se refuse à user de son pouvoir discrétionnaire pour conver-

tir l'une en l'autre et n'examine pas les faits de la cause — sans intérêt en l'espèce : Giaccobi 6 Juin 1928 (à propos du refus de nommer juge un candidat remplissant les conditions d'aptitudes légales ; le ministre conserve un pouvoir souverain d'appréciation). Voir aussi ; Association professionnelle des agents supérieurs des Finances, 22 Juillet 1927 et Delaigne, 17 Décembre 1924, (à propos de l'art. 6 de la loi du 30 Octobre 1886, autorisation donnée à une adjointe de tenir une école de garçons).

B) D'autres arrêts expriment la même idée sous une autre forme, ils indiquent que les lois donnant un certain pouvoir à l'Administration ou prévoyant l'octroi de certains avantages aux administrés, n'ont pas assuré à ceux-ci un *droit*. On voit ici apparaître nettement le lien qui unit l'intervention du juge et l'existence d'un *droit* pour l'administré.

a) La loi du 30 Juin 1923 (art. 116) autorisant la promotion au *grade supérieur* dans certaines conditions ne saurait être interprétée comme ayant entendu ouvrir aux officiers un droit à en obtenir le bénéfice (Auroux, 21 Mars 1928). Voir aussi sur la même loi, et les pouvoirs du Ministre pour la titularisation de certains officiers de réserve ; Riu, 5 Décembre 1919.

b) Idem pour la loi du 30 Décembre 1921 art. 5 : « qu'il résulte de la faculté laissée à l'Administration de pouvoir choisir entre plusieurs solutions pour l'exécution des prescriptions de la loi en faveur des *ménages de fonctionnaires* que l'art. 5 précité a entendu tenir compte des nécessités de service pour la nomination à un emploi déterminé (Bénassi, 9 Janvier 1924. Jacques, 11 Avril 1924).

c) A propos des *permutations* dans l'armée : Tiersonnée, 17 Décembre 1909. « Si l'art 13 de la loi du 7 Juillet 1900 dispose que le passage des officiers de troupes coloniales dans l'armée métropolitaine ne peut s'effectuer que par permutation, pour convenances personnelles, aucun texte ou règlement ne confère à ces officiers, un *droit* à la permutation. Qu'il résulte, au contraire, de l'ordonnance du 16 Mars 1838 et notamment des art. 53 et 55) que le Ministre de la Guerre est chargé d'examiner les demandes de permutation, et de leur

donner telle suite qu'elles comportent ; qu'ainsi, en refusant de donner satisfaction à la demande du sieur T... le Ministre a usé du pouvoir d'appréciation et de décision qu'il tient des textes précités, »

Idem à propos du *tour de service*, Ct Blot, 26 Janvier 1912. « Si l'art. 106 du décret du 28 Mai 1895 sur le service en campagne prévoit un tour de service, il ne crée pas, au profit de chacun des officiers pour qui son application peut présenter un intérêt, un droit susceptible d'être revendiqué par une action contentieuse. L'autorité supérieure est seule juge de l'opportunité des dérogations qu'elle apporte au tour. » (Voir aussi Bremond, 19 Janvier 1917, sur le droit de déplacer un capitaine de gendarmerie, en raison des nécessités du service).

d) Même solution pour un retrait de *passport* : (Salzmann, 18 Novembre 1921) « aucune disposition de loi ou de règlement ne crée un droit à l'obtention et à la conservation d'un passeport. Le Préfet du Haut-Rhin en retirant au sieur S... le passeport qui lui avait été accordé, n'a fait qu'user du pouvoir de police qu'il tient du décret du 15 Novembre 1918, et l'opportunité de sa décision n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat au contentieux. » (Voir aussi Leloutre, 22 Avril 1921).

88. Parfois la loi fixe, non plus une condition de *fond* dont la réalisation est nécessaire pour qu'il soit possible d'accomplir un acte déterminé, mais des conditions de *forme*. De plus en plus fréquemment, en effet, les décisions administratives ne peuvent être prises que suivant une certaine procédure ; mais à la condition de remplir les formalités imposées, l'Administration demeure libre de prendre, au fond, la décision qui lui convient. De là, dans l'examen d'une même décision, des variations dans l'étendue des pouvoirs du juge, il examine les faits pour voir si les formalités prescrites ont été remplies (voir chapitre VIII n° 106) il se récuse quant au fond,

L'Administrateur qui a communiqué le dossier, pris l'avis du Conseil de discipline, etc..., exerce par exemple librement le pouvoir disciplinaire. L'incompétence du Conseil d'Etat pour le fond a été constamment affirmée.

a) Pour des fonctionnaires *civils*, Berger 12 Mai 1911 « Consi-

dérant que le sieur B. ne relève contre la décision attaquée ni un vice de forme, ni un détournement de pouvoir, et qu'il se borne à prétendre que la mesure disciplinaire prononcée contre lui est trop rigoureuse, eu égard au défaut de gravité des fautes qui lui sont reprochées, que l'appréciation des peines disciplinaires à infliger aux agents, n'est pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie du contentieux, » Voir pour un changement de résidence de caractère disciplinaire, après avis du conseil de discipline : Jacquot, 24 Mai 1920.

b) Pour une mesure de révocation dans *l'armée* (de Galand Bressac de Béarn, 28 Janvier 1921) pour la radiation d'un officier, (Gauthier, 23 Décembre 1921) la cassation d'un caporal, une radiation d'officier (Steiner, 28 Décembre 1917), « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier l'opportunité de la radiation du requérant, ni d'examiner les conditions de fait qui ont motivé la déclaration de son inaptitude » et (même date) pour ses notes de service, « il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer sur le bien fondé de l'appréciation contenue dans les notes de service données à un officier par ses supérieurs hiérarchiques » ; pour la mise en disponibilité d'un officier général (Le Gros 18 Juin 1915) pour la mise à la réforme après avis d'un Conseil de Discipline (Moyerot, 24 Juillet 1914, Combes, 17 Mai 1918, Aubry, 24 Décembre 1926).

c) Voir aussi pour l'expulsion d'une pensionnaire d'un hospice pour insoumission : Sevin 2 Décembre 1910 ; le Conseil d'Etat se refuse à contrôler l'exactitude de l'excuse de la requérante, prétendant que son insoumission est motivée par de mauvais traitements subis. Pour le licenciement d'un stagiaire que l'Administration considère comme incapable de continuer son service (Donnel, 4 Juillet 1917).

d) Pour une mise à la retraite, (Merat, 24 Juillet 1914, Fedelle, 8 Novembre 1911, Senèque, 1^{er} Décembre 1922), même immédiate, (Wahl, 30 Décembre 1910, Bassot, 22 Décembre 1911, Raymond, 25 Février 1921, Gros, 23 Juin 1922 et 21 Juillet 1922), à la condition qu'il n'y ait pas de détournement de pouvoir (Basset précité) et que l'intérêt du service soit invoqué, (Firmin 5 Septembre 1908) ; v. aussi pour la mise à la retraite d'un militaire soumis à la loi de 1834, (Diguard, 3 Avril 1914).

Inversement, le ministre est libre de refuser une mise à la retraite avec pension proportionnelle en raison de l'intérêt du service, (Debry, 14 Novembre 1928).

89. Le Conseil d'Etat applique donc toujours ici le principe suivant lequel il est incompétent pour connaître l'opportunité d'un acte. Mais la règle acquiert, dans ces derniers cas, un fondement nouveau : le Conseil d'Etat ne se récuse plus pour laisser le champ libre à l'Administration ; il estime au contraire que l'accomplissement des formalités légales ou réglementaires a déjà donné au litige un *juge* suffisant.

On connaît le mouvement qui a si fréquemment fait de la comparution du fonctionnaire devant un conseil de discipline, le préliminaire forcé de toute sanction.

Sans doute l'avis de ce conseil ne lie pas, en principe, l'administrateur, mais le Conseil d'Etat annule la décision prise à la suite d'irrégularités, même secondaires, commises dans les procédures consultatives (Girolamy, 19 Juin 1931) ; et cette jurisprudence rapprochée de celle des formalités accessoires dont l'inaccomplissement n'entraîne pas la nullité de l'acte, (voir ALIBERT, p. 230 et suiv.) montre bien que pour le Conseil d'Etat la réunion d'un conseil de discipline n'est jamais une formalité accessoire, même lorsque l'avis émis n'a pas de force obligatoire.

La Haute Juridiction sait qu'en fait les autorités administratives ne se montrent presque jamais plus sévères que les conseils de discipline ; facultatifs aux termes de la loi ou des décrets, les avis émis n'en sont pas moins presque obligatoires en réalité. La garantie disciplinaire a ainsi toute son efficacité, le Conseil d'Etat veille donc à son respect et la régularité de la forme dispense de l'examen de fond. La décision attaquée a déjà été soumise à une procédure plus efficace que ne le serait l'examen du Conseil d'Etat.

Celui-ci sait que loin des intéressés, des faits invoqués, de l'atmosphère qui les imprègne, il ne pourrait, en réalité, apprécier les circonstances comme il convient : il lui aurait fallu connaître non seulement tous les faits, mais encore les personnalités intéressées, toute leur carrière, toutes les nécessités du service. Seuls des juges locaux peuvent remplir cette fonction, la connaissance des faits leur sera commune, leurs préjugés

se neutraliseront puisqu'ils représenteront chacun un élément différent. Le jugement par les pairs ou par les proches, jadis fondé sur une idée de liberté privilégiée, reparait aujourd'hui fondé sur l'idée positive de plus grande compétence. Le délégué du personnel de l'Administration dans les nombreuses commissions consultatives, apparait en réalité comme un expert pour la vie intérieure de cette Administration. Le Conseil d'Etat abandonne les faits à ces commissions, comme il les abandonne souvent aux experts du contentieux des travaux publics ou de l'imprévision (voir chap. XII).

Mais ce motif ne peut pas apparaître dans les arrêts. Juridiquement, le Conseil d'Etat ne peut fonder son abstention sur l'existence d'une juridiction inférieure pour laquelle il ne serait en quelque sorte qu'une Cour de Cassation. Aux termes de la loi ou du décret applicable, c'est, en effet, nous l'avons rappelé, l'administrateur actif seul qui prend la décision. Le conseil de discipline disparaît derrière lui. On ne peut donc l'invoquer, ni même le qualifier de juridiction ; voir par exemple : *Hyliaș*, 19 Avril 1907, « Considérant que les décisions prises par le Ministre et les Sous-Secrétaires d'Etat en matière de discipline, et sur l'avis du conseil de discipline, ne peuvent être assimilées à des jugements rendus par des tribunaux et susceptibles d'être attaquées par voie d'opposition, que seul le recours devant le Conseil d'Etat est ouvert contre ces décisions. » Voir aussi pour la commission de discipline du service de la reconstitution foncière : 30 Novembre 1923, *Bouvard* : « Considérant que ce comité local et cette commission centrale d'examen ne constituent que des organes consultatifs destinés à éclairer le ministre, seul qualifié pour apprécier, au nom des intérêts généraux dont il a la charge (la décision à prendre), qu'il appartient dès lors au ministre de prendre une décision contraire à l'avis de la commission centrale, en s'entourant, s'il le juge utile, de tous les renseignements propres à compléter cet avis. »

90. Et pourtant il est certain que l'existence de ces organes consultatifs est, en fait, une des causes essentielles de l'abstention du Conseil d'Etat.

A) Celui-ci s'efforce de restituer à un fonctionnaire, dont le

statut ne prévoit pas l'intervention d'un conseil de discipline, la garantie d'un examen juridictionnel des faits ; il y procède lui-même, à l'occasion d'un recours de pleine juridiction, pour les employés municipaux dont la révocation n'était, jusqu'à la loi de 1930 (v. n° 147), précédée d'aucun avis émis par un corps délibérant ; le Conseil d'Etat a examiné le bien fondé, l'opportunité de leur révocation par la voie du contentieux, de l'indemnité (1).

Voir par exemple : Seytre, 22 Mai 1914. « Considérant qu'il ne résulte pas des documents versés au dossier que le sieur S... ait commis des fautes de services de nature à justifier la mesure prise contre lui... » Laval, 22 Mai 1914. « Considérant que rien ne s'oppose à ce que pour la liquidation d'une semblable indemnité, il soit tenu compte des circonstances particulières de fait, susceptibles d'en modifier le montant ; que, notamment, si une commune établit à la charge de l'agent municipal l'existence de fautes de service de nature à motiver la révocation, il y a lieu de réduire l'indemnité. » Salmon, 5 Mai 1915, et Monnier, 11 Juin 1930, (octroi d'une indemnité réduite parce que la commune a établi l'existence de certaines fautes) ; octroi d'une indemnité, (Gornet, 5 Mai 1922, Dumont 21 Mars 1928, Saurat 2 Août 1912, Guibert 2 Août 1927), parce que les fautes relevées ne pouvaient justifier un renvoi brusque. (Voir pour hypothèse contraire : Bonnald 5 Juillet 1918, Chauvière 28 Mars 1919), pour une faute grave qui, étant donné les circonstances de l'affaire, n'empêche pas l'octroi d'une indemnité de principe de 100 francs ; (Delalande, 14 Janvier 1928).

Les arrêts rendus distinguent même des types de faute. (Voir par exemple Charlon 13 Juin 1928 : Il n'y a pas détournement de pouvoir si la révocation intervient après une participation abusive du fonctionnaire à la lutte électorale).

Sans doute les intéressés n'obtiennent-ils pas par le contentieux de pleine juridiction leur réintégration, mais celle-ci reste théorique, même dans le cas d'une annulation pour excès de pouvoir, et le fonctionnaire sans statut, dont la révocation est annulée, n'a pas de ce chef droit à l'intégralité de son

(1) Voir sur l'évolution traversée par la jurisprudence pour arriver à reconnaître le principe de l'indemnité : ALCINDOR, LACOURTE (p. 155 et suiv.).

traitement pour la période écoulée (Belleau 4 Janvier 1928). Le résultat obtenu par le contentieux de pleine juridiction, l'indemnité se rapproche donc ici de celui qui aurait pu être obtenu par le recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat s'efforce de faire de la répression disciplinaire l'objet d'un examen juridictionnel (1).

B) Il recherche le même résultat en déterminant la procédure à suivre devant les conseils de discipline.

Nous avons déjà indiqué que toutes les formalités devaient être observées à peine de nullité. Mais en quoi consistent-elles ?

Sans doute le Conseil d'Etat n'applique pas ici le principe qui régit les autorités auxquelles il peut reconnaître expressément le caractère de véritables juridictions « devant lesquelles doivent être observées toutes les règles générales de procédure dont l'application n'est pas écartée par la disposition législative formelle, ou n'est pas inconciliable avec l'organisation même de la commission. » (Morlant 5 Janvier 1923).

Pour les conseils de discipline, le Conseil d'Etat visait toujours, autrefois, un texte déterminé : l'inculpé n'a pas droit à un avocat si aucun texte ne le prévoit : (Deprat 4 Novembre 1921, Prévost 5 Juillet 1918, Camus 10 Janvier 1919). Les règles de procédure en vigueur devant les tribunaux ne sont pas de plein droit applicables aux conseils de discipline. Pas de garantie sans texte, pouvait-on dire. Mais il faut cependant constater que l'interprétation de ces textes a toujours été pratiquée par le Conseil d'Etat de façon à leur faire produire toutes les conséquences qui peuvent raisonnablement leur être rattachées (Voir Berget 15 Décembre 1911 et les conclusions de M. LÉON BLUM).

Depuis une dizaine d'années, une évolution s'est produite. La jurisprudence a été plus loin encore ; le Conseil d'Etat admet maintenant « qu'il est des principes de moralité qui s'imposent en dehors de tout texte écrit, dans un intérêt de sincérité et de loyauté. » (Conclusions de M. CAHEN SALVADOR, sous l'arrêt Rodiere du 25 Décembre 1926).

(1) Voir aussi à propos du contentieux de l'annulation, sur le contrôle élargi du détournement de pouvoir pour les mesures disciplinaires, chap. VII.

Ces principes interdisent, (Adejueir 10 Février 1922), la présence du père d'un candidat dans un jury de concours ; la présence, à une séance du conseil de discipline, de fonctionnaires qui n'ont pas le droit d'y assister ; la participation des intéressés à un conseil qui statue sur leur inscription à un tableau d'avancement, soit en qualité de membres de ce conseil, soit même en qualité de secrétaire (Rodière précité), et ceci contrairement à ce qu'avait décidé un arrêt Le Roux du 7 Juillet 1911. De même le Conseil d'Etat constatera, (Servan 31 Mars 1922), que le conseil de discipline avait tous les éléments pour statuer et juger le bien fondé de la mesure projetée, que Servan avait pu présenter sa défense.

Ainsi se développe toujours davantage l'effort de la jurisprudence pour rapprocher le conseil de discipline d'une véritable juridiction qui examinera dans des conditions satisfaisantes l'opportunité réservée par les arrêts du Conseil d'Etat. L'incompétence de la Haute Juridiction dans le contentieux de l'annulation pour examiner les faits, s'explique donc : extérieurement par l'absence de toute définition des faits propres à entraîner la révocation, plus profondément par le fait que le Conseil d'Etat qui n'hésitait pas dans certains cas à donner une définition jurisprudentielle à la place de la définition légale défailante, a jugé inutile de donner ici une semblable définition et d'enlever le pouvoir du dernier mot à des autorités mieux placées que lui.

L'incompétence du Conseil d'Etat pour contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire constitue donc une règle dont le maintien n'a été parfois assuré que pour des raisons pratiques particulières à une matière déterminée.

CHAPITRE VII

LE CONTROLE DU DÉTOURNEMENT DE POUVOIR ET SES DÉRIVÉS

91. La règle réservant le pouvoir discrétionnaire à l'Administration comporte une série de dérogations que nous examinerons ultérieurement et qui tiennent à l'existence de directives particulières à une matière déterminée.

Mais elle comporte aussi des restrictions absolument générales, qui intéressent tout le pouvoir discrétionnaire quel que soit le domaine où il s'exerce.

A) A propos de tout acte administratif, le Conseil d'Etat examine s'il n'y a pas eu un détournement de pouvoir ;

B) Il vérifie l'existence matérielle des motifs invoqués ;

C) Il les apprécie pour savoir s'ils « sont de nature à motiver la décision attaquée. »

L'ensemble de ces contrôles forme ce que LAUN appelait la limitation interne du pouvoir discrétionnaire, et que beaucoup d'auteurs opposent, sous des noms différents, aux autres contrôles contentieux (v. chap. III et IV).

Quelle que soit la dénomination qu'on adopte pour ce contrôle, deux traits constituent son originalité : d'une part, il s'exerce sur toute l'activité administrative ; depuis l'abandon de la théorie des « actes discrétionnaires » il accompagne tout pouvoir discrétionnaire ; d'autre part, il n'épuise pas le pouvoir discrétionnaire, et il n'en entraîne même pas la dévolu-

tion intégrale à l'autorité juridictionnelle ; c'est un contrôle qui n'est pas total, qui laisse une part de liberté à l'autorité contrôlée ; l'appréciation de l'opportunité par l'Administration n'empêche plus jamais le contrôle du détournement de pouvoir, mais n'est pas absorbée par lui.

C'est le double caractère de ce contrôle à la fois partiel et constant, qui éveille l'idée d'*intériorité*. Les règles indiquées, parce qu'elles sont inhérentes à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et le suivent toujours, sans le résorber jamais, ont été qualifiées de limitations internes. En réalité, c'est là un terme contradictoire, nous l'avons dit : la limite éveille l'idée d'*extériorité* : une limite qui est interne, n'est pas une limite. Et de fait, ni la théorie du détournement de pouvoir ni ses dérivés ne *limitent* véritablement le pouvoir discrétionnaire de l'autorité exécutive, elles impliquent seulement son *partage*, très rité exécutive, elles impliquent seulement son *partage*, très inégal d'ailleurs, entre les tribunaux et l'Administration active.

92. On s'est beaucoup demandé (v. chap. IV et XIV), si la sanction du détournement de pouvoir constituait, de la part du Conseil d'Etat, un contrôle hiérarchique, ou l'application d'une règle de droit et on a généralement opté pour la seconde solution.

Mais, s'il y a très certainement en droit positif français contemporain, une règle jurisprudentielle qui prohibe l'usage, par un administrateur, de son pouvoir, pour un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré, cette règle, d'une part a été posée par le juge lui-même, d'autre part demeure éminemment imprécise.

a) La règle n'était pas dans la lettre de la loi ; elle est sans doute défendable, peut être nécessaire, elle n'est pas évidente, puisque son empire est limité dans le temps et l'espace, qu'elle était inconnue chez nous jusqu'en 1860 environ, et qu'aujourd'hui encore elle paraît injustifiable pour beaucoup de juristes étrangers ; c'est une originalité du droit français. Actuellement en France, d'éminents juristes protestent d'ailleurs contre ce qu'ils considèrent comme un cloisonnement excessif des pouvoirs, désapprouvent la jurisprudence du Conseil d'Etat, trouvent normal que dans la matière des permissions de voirie, par exemple (JÈZE RDP 1922, p. 408 et suiv.), une municipalité

mêle les considérations fiscales aux considérations de police « stricto sensu ».

En effet, quand on dit que l'autorité administrative ne peut se servir de son pouvoir que dans le but en vue duquel il lui a été conféré, il reste à dire *quel est ce but*, et c'est au juge qu'il appartient de le faire car la loi est presque toujours muette à cet égard. Or le plus souvent le détournement de pouvoir réprimé n'est pas celui qui a été commis dans un intérêt personnel, ou par inimitié politique. C'est au contraire très fréquemment un intérêt public que l'administrateur a voulu poursuivre ; il a été de bonne foi, et pour lui donner tort au nom de la théorie du détournement de pouvoir, il faut commencer par choisir une conception déterminée du service.

En effet, l'incorrection de l'acte n'apparaît que si on admet qu'il y a plusieurs sortes d'intérêt public, que chaque pouvoir est donné exclusivement en vue de la poursuite de l'une de ses sortes, et qu'il ne saurait être mis au service d'une autre.

C'est là une théorie de la divisibilité des pouvoirs administratifs, du cantonnement de chacun d'entre eux dans un domaine propre. On réduit ainsi, avec leur mobilité, leur énergie : l'administrateur, pour la poursuite d'un but déterminé, ne dispose pas de tous ses moyens d'action ; il est donc moins armé, moins puissant, semblable à un général dont chaque corps serait définitivement rivé à un secteur déterminé. Ce n'est pas seulement une idée de moralité, c'est aussi une conception libérale qui inspire cette jurisprudence. L'individu en est le grand bénéficiaire, celui dont la protection explique pour une bonne part les limites posées par le Conseil d'Etat aux pouvoirs de l'Administration active.

b) Issue du pouvoir discrétionnaire des juges, la règle ainsi posée est trop imprécise pour épuiser ce pouvoir. Il est de l'essence même du contrôle exercé en ces matières de n'aboutir jamais qu'à des solutions négatives : on dit ce que l'autorité administrative ne peut pas faire, on ne définit pas ce qu'elle peut faire, on ne tarit donc que très lentement la source de nouvelles difficultés.

Sans doute la jurisprudence pose-t-elle parfois des règles secondaires qui précisent la portée de la directive première : par exemple les municipalités ne peuvent poursuivre des buts

pécuniaires en octroyant des permissions de voirie. Mais, en général, la matière du détournement de pouvoir est une de celles où les arrêts du Conseil d'Etat sont le plus brièvement motivés. On y lit très souvent : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que... X... n'a pas usé de ses pouvoirs, (ou au contraire) a usé de ses pouvoirs, en vue de l'intérêt du service. » (V. ci-dessus p. 42).

Un semblable libellé n'apporte aucune règle de droit nouvelle, laisse subsister tout le pouvoir discrétionnaire antérieur, car il ne dit pas ce qu'était cet « intérêt du service » ? Si l'on pouvait être auparavant dans l'incertitude à cet égard, il n'y a guère de changement.

Le contrôle du détournement de pouvoir implique donc le plus souvent pour le juge l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qu'il ne tarit pas.

93. Nos anciens auteurs de droit administratif avaient bien compris l'élasticité de cette quatrième ouverture, lorsqu'ils avaient voulu l'exclure pour plusieurs catégories d'actes, afin d'enfermer dans certains domaines les pouvoirs que le juge tire de ce contrôle particulier. Cette tentative appartient à l'histoire : la théorie de l'acte discrétionnaire est aujourd'hui à peu près complètement abandonnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat (voir ALIBERT p. 83 et suiv.).

On rencontre dans toutes les matières des décisions qui statuent au fond sur le grief du détournement de pouvoir :

a) A propos de l'organisation des *services publics* (organisation de l'inspection du travail en Algérie Delorme 8 Juin 1917) ;

b) A propos du statut des *fonctionnaires*, de la fixation de leur traitement (Peraldi 3 Décembre 1926), de leur nomination (Boulira 7 Août 1920), de leur remplacement (Disses 8 Juin 1928), de la nomination à un emploi vacant d'un employé du cadre auxiliaire et non du cadre permanent (Ollive 24 Novembre 1926), d'une révocation (Mainville 14 Novembre 1928). Le Conseil d'Etat procède au même contrôle, malgré l'intervention d'un conseil de discipline (Cammus 10 Janvier 1919, Gazan 29 Janvier 1926, Le Breton 7 Juillet 1911). Voir aussi pour le refus d'agrément d'un agent de police (Castelnaudary 29 Juillet 1915) ; pour des décrets rapportant des nomi-

nations à titre temporaire, (Senet 22 Mars 1918, Mazerolles 5 Décembre 1919) ; pour la libération d'un officier de réserve (Gazuillot 3 Novembre 1916), etc...

c) De même, pour les actes intéressant le *patrimoine* des particuliers : à propos du choix de journaux d'annonces légales (Martin 10 Novembre 1926) : du refus ou du retrait de permission de voirie, (Robert 23 Juin 1928, Ravel 28 Décembre 1927), du retrait de l'autorisation donné pour exploiter une source d'eaux minérales, (Foucault 7 Juillet 1905), de la fixation du périmètre d'un débit de tabac, (Cochet 17 Février 1922).

94. Le contrôle du détournement de pouvoir qui intéresse ainsi tous les actes administratifs peut-il du moins être limité « a priori » dans son étendue pour chaque acte ?

On répond souvent par l'affirmative en opposant au détournement de pouvoir la notion d'opportunité. Lorsqu'on a éliminé certains buts, dit-on, le choix entre ceux qui restent, entre les moyens qui permettent de les atteindre, constitue l'opportunité.

Mais ceci suppose qu'on a déjà éliminé les buts inadmissibles. Or, nous l'avons vu, l'accord ne s'établit pas toujours. Comment pourrait-on donc limiter le détournement de pouvoir par l'opportunité, puisque leurs limites respectives sont elles-mêmes contestables ?

Pour M. JÈZE, par exemple, la recherche d'un intérêt financier, par la personne publique, dans l'octroi de permissions de voirie est une question d'opportunité, pour le Conseil d'Etat, elle constitue un détournement de pouvoir. L'arrêt Bouteyre du 10 Mai 1912 admet qu'un ecclésiastique soit exclu d'un concours en raison de son état, en fait une question d'opportunité, M. DUGUIT y voit au contraire un détournement de pouvoir.

Aussi, le plus souvent, pour limiter les pouvoirs du juge, on invoque d'autres considérations relatives aux moyens de preuves recevables. Telle est l'opinion de LAFERRIÈRE qui avait déjà pressenti la difficulté de tracer les limites des investigations juridictionnelles (II, p. 548). « Le détournement de pouvoir étant ainsi caractérisé par l'incorrection du but, des intentions qui ont guidé l'Administration, plutôt que par des pres-

criptions ouvertement illégales, il en résulte que la tâche du Conseil d'Etat dans l'appréciation de ce grief est particulièrement délicate. Le juge ne peut ordonner une mesure d'instruction, ni mander les agents à sa barre. De telles investigations permises au supérieur hiérarchique, sont interdites au juge administratif, qu'elles feraient indûment pénétrer dans l'Administration active. La preuve du détournement de pouvoir doit donc résulter autant que possible de documents émanés de l'Administration elle-même, et versés par elle au dossier, soit spontanément, soit sur la demande que le Conseil a pu faire en communiquant le pourvoi au ministre compétent. »

M. JÈZE écrit (*RDP* 1922, p. 436) « La preuve du motif déterminant incombe à celui qui critique le motif, elle ne peut résulter que des pièces du dossier. Tel est le correctif puissant de la théorie excellente, mais très *envahissante* des motifs déterminants. »

C'est dans la passivité forcée de son juge que réside la garantie de liberté de l'Administration ; le pouvoir pour le Conseil d'Etat de proscrire certains buts n'a de conséquence pratique que là où l'Administration avoue spontanément qu'elle a poursuivi un de ces buts.

Cette dernière limitation correspond très certainement à quelque chose de réel dans la jurisprudence. Mais elle semble bien avoir été souvent enfreinte, depuis l'époque où écrivait LAFERRIÈRE ; son observation scrupuleuse aurait, en effet, abouti le plus souvent à annihiler le contrôle juridictionnel. Averties de la jurisprudence du Conseil d'Etat, les autorités administratives évitent aujourd'hui d'inclure dans leur décision, ou dans un document officiel, la preuve de ce qui pourrait être considéré comme un détournement de pouvoir. Il arrive encore que des maires déclarent (v. Ottawa 9 Décembre 1910), qu'en changeant de secrétaire de mairie à l'avènement de leur municipalité, ils n'ont fait que se conformer à un vieil usage, défendre l'ordre ou la République. Mais ce sont là des aveux de plus en plus rares. L'Administration passe presque toujours sous silence le motif qui paraît susceptible d'être censuré.

Le Conseil d'Etat n'est pas pour cela désarmé. C'est qu'en effet la règle suivant laquelle le détournement de pouvoir « doit résulter du dossier » est assouplie par le caractère inquisi-

torial de la procédure administrative et la souveraineté du Conseil d'Etat dans l'appréciation des preuves qui lui sont soumises. « L'expression *pièces du dossier* doit être entendue dans un sens très *large* » reconnaît M. JÈZE. Dans le dossier figurent non seulement les documents administratifs, mais encore les explications des requérants, les renseignements qu'ils donnent, qu'ils étayent de preuves diverses ou plus simplement qu'ils affirment sans que l'Administration les conteste.

LAFERRIÈRE, lui-même, l'admettait. « Le Conseil d'Etat peut aussi se fonder sur les circonstances de fait révélées par l'instruction écrite, et d'où naissent des présomptions graves, précises et concordantes. Mais nous ne pensons pas qu'il puisse aller jusqu'à ordonner des mesures d'instruction pour rechercher lui-même quelles ont été ces circonstances. »

Il appartient au Conseil d'Etat d'apprécier souverainement la force probante de telle assertion, de tels renseignements, de dire si le rapprochement de certains faits n'équivaut pas à la preuve d'un détournement de pouvoir.

Un arrêt du 18 Juin 1926 illustre ces considérations : le sieur Rodière mis à la retraite d'office, pour suppression d'emploi, prétendait que la mesure prise à son égard était illégale, (contraire à l'art. 411 de la loi du 30 Juin 1923) et entachée de détournement de pouvoir, l'Administration ayant voulu le punir d'avoir formé de trop nombreux recours devant le Conseil d'Etat.

Dans ses conclusions, (RDP 1926), M. le Commissaire du Gouvernement CAHEN SALVADOR concluait à l'annulation pour violation de la loi de 1923, mais s'exprimait ainsi au sujet du détournement de pouvoir :

« Votre jurisprudence traditionnelle ne retient le détournement de pouvoir que s'il résulte des pièces du dossier. Elle n'admet pas les insinuations, même plausibles ; elle ne se contente pas des suppositions, même vraisemblables. »

Le sieur Rodière ne fournissait pas d'autre preuve que de simples rapprochements entre les dates d'élaboration de la mesure qui l'avait frappé, et les dates de l'instruction de son précédent recours. Aussi M. CAHEN SALVADOR déclarait-il « un soupçon, une crainte, voire même une probabilité ne remplaçant pas la certitude que le juge peut seule retenir. » Mais

M. CAHEN SALVADOR apportait à ce principe une restriction qui est presque une négation : « Il est des cas cependant où à défaut de déclarations, d'exposés de motifs ou d'aveux, elle (votre jurisprudence) considère qu'un rapprochement de faits et de dates révèle l'intention suspecte qu'elle peut légitimement retenir. » Il concluait pourtant, dans l'espèce : « nous n'apercevons pas le véritable détournement de pouvoir. »

Le Conseil d'Etat a annulé la décision attaquée pour violation de l'article 111, mais au lieu d'écarter le moyen tiré du détournement de pouvoir, ou même de le passer sous silence, l'arrêt ajoute in fine : « sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le moyen tiré du détournement de pouvoir » ; étant donné les circonstances de l'espèce, c'était pratiquement laisser entendre qu'à défaut de violation de la loi, le détournement de pouvoir aurait suffi à motiver l'annulation. (C'est du reste ainsi que M. JÈZE interprète cet arrêt dans la *RDP*).

Pourtant la théorie de M. CAHEN SALVADOR était bien conforme à la tradition, et le fait que le Conseil d'Etat s'en écarte parfois est encore confirmé par un arrêt du 19 Novembre 1926 (Monzat) annulant une nomination pour ordre, arrêt rendu lui aussi contrairement aux conclusions de M. CAHEN SALVADOR, qui se prononçait pour le rejet en prétendant que le détournement de pouvoir n'était pas établi.

Il faut donc distinguer avec M. JÈZE (*RDP* 1922, p. 437) dans le dossier que visent les arrêts, deux catégories différentes de moyens de preuves pour le détournement de pouvoir. Rappelons-les pour préciser la portée de l'examen juridictionnel.

A) Il y a tout d'abord les diverses pièces envisagées séparément :

a) On interrogera ainsi la contexture même de l'acte : (Venoix, 27 Avril 1917).

b) Les motifs précédant le dispositif (arrêts Trépont, ci-dessus p. 182, Grazietti 3 Janvier 1902).

c) La correspondance qui a suivi ou précédé l'acte et dont la production peut être requise, (Maugras 16 Novembre 1900). Voir aussi Georgin 27 Avril 1928, à propos du changement

d'affectation d'un fonctionnaire et du retrait de la carte de circulation, alors qu'il résultait des lettres officielles qu'aucune faute n'avait été commise.

d) Les instructions générales ou particulières de l'Administration (circulaires ministérielles dans les affaires Pariset et Laumonier Carriol 26 Novembre 1875).

e) Les explications de l'Administration en réponse à un pourvoi (Larbaud 6 Décembre 1878 et Bourdet 5 Août 1901).

Ce sont là des « cas types et privilégiés » du détournement de pouvoir, pour reprendre l'expression de M. JÈZE : Ils permettent à l'examen de fait de demeurer embryonnaire.

B) Mais il n'en est plus ainsi lorsqu'on interroge les « circonstances de fait révélées par *l'ensemble* du dossier », investigation de plus en plus fréquente. Dans la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat, le requérant n'est pas véritablement astreint à la preuve positive, directe du détournement de pouvoir. Certaines présomptions pourront en tenir lieu ; l'une des plus graves sera fournie par l'absence de motifs valables.

C'est ce que MICHOUD appelait « la preuve indirecte du détournement de pouvoir » ; il se fondait sur elle pour montrer le lien étroit qui unit le détournement de pouvoir à l'absence de motifs licites. A vrai dire, il voyait surtout dans le premier, la preuve de la seconde. Mais il arrive que la marche suivie par l'argumentation du requérant soit inverse.

En matière disciplinaire, par exemple, il dira en substance : Je n'ai commis aucune faute et l'Administration n'a pu dès lors, en me révoquant, poursuivre une fin de représailles. Or il lui a bien fallu un motif pour agir. Elle a donc poursuivi un but, autre que celui en vue duquel lui a été conféré le pouvoir disciplinaire.

Si l'on tient compte du fait que la charge de la preuve n'est pas en droit administratif strictement régie par l'art. 1315 du Code Civil, puisqu'il s'agit d'une procédure inquisitoriale, on comprend que la tendance des requérants à présenter sous ce jour leurs arguments, oblige l'Administration à donner certains motifs à ses décisions (1).

(1) On peut répéter au sujet du détournement de pouvoir, ce que

Dans un arrêt du 4 Août 1922 (Cie du Bourbonnais) le Conseil d'Etat a admis que le détournement de pouvoir résultait des circonstances dans lesquelles l'Administration avait refusé une permission de voirie; les exigences de l'intérêt général avaient seules été invoquées dans l'arrêté attaqué; mais ce dernier faisait suite à un précédent refus, déjà annulé par le Conseil d'Etat comme fondé sur un motif pécuniaire, expressément visé dans la première décision. La Haute Juridiction pour conclure que le motif mentionné par le premier arrêté était aussi celui du second arrêté, malgré les énonciations de ce dernier, a nécessairement dû examiner l'exactitude, la valeur du motif d'intérêt général donné par cette seconde décision.

M. le Commissaire du Gouvernement ETTORI (RDP 1931, p. 340) précise ce raisonnement, à une autre occasion, dans des conclusions qui marquent bien l'élasticité du contrôle juridictionnel.

« Ici il s'agit d'autorisations discrétionnaires, mais les notions de discrétionnaire et d'arbitraire ne sont pas les mêmes. Un octroi ou un refus d'autorisation discrétionnaire peut tomber sous votre censure. Nous vous indiquerons d'abord le cas de détournement de pouvoir. Nous ajouterons que si le motif est matériellement inexact, l'excès de pouvoir consistera dans la violation de la loi.

« Les motifs de l'arrêté permettront de saisir soit le détournement de pouvoir, soit le motif matériellement inexact. Evidemment le maire n'est pas tenu, à la rigueur, de motiver, *mais s'il s'abstient, il peut incliner le juge, lorsque l'ensemble du dossier est concordant, à décider qu'il y a eu détournement de pouvoir.* »

Et comme ces motifs, pour être utilement invoqués, doivent être *sérieux*, leur caractère pertinent devra être égale-

M. DUEZ écrit à propos de la responsabilité, (p. 198) :

« C'est au requérant à faire la preuve que sont réunis les éléments de fait et de droit devant entraîner responsabilité de la puissance publique. Mais le caractère inquisitorial de la procédure avec le rôle actif du juge dans la recherche de la vérité, allège au profit du requérant le fardeau de la preuve. Pratiquement le requérant n'aura qu'à fournir des allégations; c'est l'instruction (et le décret du 22 Juillet 1806 a donné au juge des pouvoirs étendus à cet égard) qui en vérifiera le bien fondé. »

ment établi. Il faudra que le Conseil d'Etat admette qu'un supérieur raisonnable a pu agir de la sorte. On ne légitimerait pas la révocation d'un fonctionnaire, par exemple, en signalant qu'il est arrivé deux fois, en un an, en retard de cinq minutes à son bureau. La disproportion de la faute et de la sanction ferait présumer l'existence d'autres motifs.

On glisse ainsi insensiblement de la négation du détournement de pouvoir à l'indication du bien-fondé de la mesure attaquée.

Il est assez curieux de remarquer que les Administrations, dont les actes sont attaqués (surtout lorsqu'il ne s'agit pas des Administrations centrales), loin de contrarier cette tendance, la favorisent en réalité par leur manière de se défendre. En suivant l'instruction de recours pour excès de pouvoir, on constate que dans de nombreuses espèces où l'Administration pourrait se borner, d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, à opposer son appréciation souveraine de l'opportunité d'un acte, elle se contente très rarement, de cette fin de non-recevoir et tente d'établir le plus souvent ce qu'elle considère comme le bien-fondé de son acte.

Elle s'efforce sinon de justifier sa solution, du moins de la rendre plausible. Et comme la tendance des requérants est aussi de placer la discussion sur ce terrain, leur pression, que n'entravent pas des formules jurisprudentielles trop précises, s'exerce dans le sens d'un élargissement constant du contrôle exercé au sujet du détournement de pouvoir. On peut donc dire que moralement, sinon juridiquement, ce contrôle déborde sur celui de l'opportunité : le dossier du recours mêle les deux questions. Dans l'instruction on va au-delà de la compétence du juge pour être sûr de ne pas rester en deçà.

Sans doute, le Conseil d'Etat, plus strict que les parties, fait-il en principe, un départ (dont elles s'abstiennent) entre les deux questions. Mais nous avons déjà montré l'inévitable arbitraire de cette séparation. Est-il d'ailleurs beaucoup d'exemples d'un tribunal qui ne tienne pas compte des données extra-juridiques que lui a apportées l'instruction lorsque ces données lui paraissent convaincantes en équité ? Tout de même que les tribunaux judiciaires tiennent souvent compte de ces considérations d'équité, qui influencent leurs motifs

juridiques, le Conseil d'Etat pour juger le détournement de pouvoir, subit nécessairement l'influence de la discussion sur le bien fondé.

Le libellé des arrêts de la Haute Juridiction ne trahit guère ces débats, ces différences d'extension dans le contrôle juridictionnel. Le plus souvent quels qu'ait été l'objet de la discussion, la complexité des questions soulevées, la formule des arrêts est la même. « Le requérant n'établit pas le détournement de pouvoir qu'il allègue. » « Il résulte de l'instruction que... a usé de ses pouvoirs pour un but autre que celui en vue duquel il lui est conféré ». « Il ne résulte pas du dossier que... »

95. Dans certaines matières cependant on peut fixer plus nettement l'étendue des investigations pratiquées.

A) En matière d'arrêtés préfectoraux réglementant les *cours d'eau*, le Conseil d'Etat limite strictement les pouvoirs de l'Administration qui doit concilier les intérêts de la navigation et de la sécurité d'une part, de la propriété des riverains d'autre part. Elle peut se proposer certaines fins seulement ; les arrêts rendus indiquent les motifs qui peuvent légitimer le sacrifice de certains des intérêts en présence.

Mais le plus généralement les travaux ordonnés pourront avoir plusieurs effets. Comment l'Administration montrera-t-elle qu'elle n'a pas recherché l'effet prohibé, autrement qu'en indiquant le résultat qu'elle a réellement entendu provoquer ? Pour vérifier la sincérité de ses dires, force sera d'examiner si les travaux en cause correspondent réellement au but qu'elle prétend avoir poursuivi.

Le Conseil d'Etat maintient que l'opportunité des mesures prescrites ne saurait être discutée. (Voir par exemple Fabre, 4 Août 1913), mais ce n'est qu'après avoir fait certaines constatations préliminaires : 1) Quel a été le motif réellement poursuivi. 2) Quelle est sa valeur :

Boitel de Dieubal, 28 Juillet 1905 : « Qu'il résulte de l'instruction, notamment du procès-verbal de visite des lieux, que le ru de R... est encombré de vases, d'herbes, de racines et d'arbres qui en retardent le parcours dans une étendue de plusieurs kilomètres sur le territoire de la commune ; qu'ainsi le

curage de cette rivière présentait un intérêt général, et qu'il a été, à ce titre, réclamé par les maires des communes de P... et de N... »

Bouisson, 10 Novembre 1905, (pour la limitation de la hauteur d'une chute d'eau) : « que dans ces circonstances le sieur B... est fondé à prétendre que l'arrêté attaqué, qui ne se justifie d'ailleurs par aucun motif d'intérêt général, n'a été pris que dans le but de rendre non recevable sa réclamation devant le conseil de préfecture. Voir aussi Sarlandre, 26 Mai 1905, Colman, 11 juin 1909, Convert 7 Août 1903 : « Considérant que l'arrêt attaqué se fonde sur le danger des inondations de la Veyle. Mais considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment de deux avis émis par la commission hydraulique, que le mécanisme du moulin Convert est suffisant pour assurer dans les conditions réglementaires l'écoulement des eaux du bief d'amenée, même en temps de crue à pleins bords, que l'abaissement du niveau légal de la retenue n'a eu pour but et n'aurait pour effet que de suppléer à dès travaux d'élargissement et de redressement de la Veyle, lesquels incombent aux propriétaires riverains directement menacés par le régime irrégulier de ces cours d'eau ». Un arrêt du 20 Juin 1913 (époux Martin), constate que l'éperon d'un mur rentrait bien dans un cours d'eau : un arrêt du 10 Février 1928 (Pechdo) « qu'il résulte de l'instruction que de tels ouvrages sont utiles à l'entretien du moulin ». Id. 13 Mars 1908 (Sté de Vidanges et d'Assainissement rouennaise). 13 Juillet 1917 (Lefaiivre), qu'en prescrivant l'érection d'un barrage, le préfet a agi dans un intérêt de police, quoiqu'en ait dit le requérant qui prétendait que ses planches suffisaient ; un arrêt du 27 Février 1925 (Potin) note que les travaux n'ont pas eu pour but d'assurer le libre cours de l'eau, mais seulement l'entretien des berges. Voir inversement de Juigné 6 Août 1920, Verdier 9 Décembre 1912 : « que le préfet a eu en vue l'intérêt de la navigation et non seulement celui de la salubrité ». Voir aussi Celerier, 4 Mai 1906 pour l'interdiction faite aux riverains d'un chemin, de creuser une fosse en bordure de celui-ci (le maire n'a vraiment agi que dans l'intérêt de la vicinalité). Idem pour un règlement relatif à la circulation sur une voie, qui, en fait, n'était pas publique : Laval, 25 Février 1916.

Ajoutons que là où une commission spéciale est interve-

nue pour fixer les mesures nécessaires, la tendance restrictive déjà signalée se manifeste dans l'examen du Conseil d'Etat : il se refuse à discuter la détermination des terrains susceptibles d'être desservis, la réduction des eaux d'arrosage, etc. (Craponne, 24 Décembre 1926).

B) De ces arrêts qui protègent la propriété immobilière, on peut rapprocher, pour la protection de la propriété mobilière, un arrêt du 20 Janvier 1932 concernant les *bureaux de placement* antérieurs à la loi de 1904 qui rejette un recours fondé sur ce qu'une nouvelle réglementation des tarifs perçus par ces bureaux, aboutissait, en fait, à la suppression des agences payantes. « Considérant, d'autre part, qu'il n'est pas établi qu'en édictant les dispositions critiquées, le Préfet de police ait usé des pouvoirs qu'il tient des articles ci-dessus visés du Code du Travail dans un but autre que celui en vue duquel ces pouvoirs lui ont été conférés et qu'il ait, notamment, cherché à supprimer les agences payantes ou à en entraver le développement ; que les requérants ne sont, dès lors, pas fondés à soutenir que l'ordonnance attaquée serait entachée d'un détournement de pouvoir. »

De même un arrêt du 10 Mai 1925, (Rufin), tout en décidant à propos de la suppression d'une étude d'*officier ministériel* qu'en fixant l'indemnité à 35.000 francs le gouvernement a fait usage d'un pouvoir d'appréciation non discutable devant le Conseil d'Etat, constate que la décision intervenue n'est pas entachée de détournement de pouvoir et que la valeur de l'étude a été calculée pour la période d'après-guerre et non à l'époque de la suppression.

Voir aussi 10 Février 1929 : la chambre syndicale des propriétaires marseillais critiquait la division de la ville en deux zones, en vue de la *concession* d'une distribution d'eau ; le Conseil d'Etat dira que cette division était justifiée par des différences dans la distribution des deux zones. Id. 22 Juin 1917 (Cie Gle des Eaux) : Les requérants soutenaient qu'on leur avait interdit la distribution de l'eau dans un but financier, puisqu'il n'existait aucun danger pour la sécurité publique. Le Conseil d'Etat répond que ce danger existait, et le précise : il s'agissait d'une possibilité de communication entre deux nappes d'eau.

96. Le développement du contrôle juridictionnel des mesures intéressant la propriété immobilière est assez ancien ; s'il est difficile de refaire pour lui l'histoire de l'évolution suivie, on peut, plus aisément, la reprendre là où elle est plus récente, à propos des mesures disciplinaires intéressant les fonctionnaires. Le caractère continu de cette évolution montre, lui aussi, l'impossibilité de tracer une limite nette au détournement de pouvoir.

a) Au début du xx^e siècle, on voyait encore dans la réserve de l'opportunité, un obstacle à l'examen du détournement de pouvoir lui-même. Dans ses conclusions sous l'arrêt Maugras, du 16 Novembre 1900, alors que le détournement de pouvoir était avoué, flagrant, le maire ayant écrit lui-même au garde-champêtre pour lui interdire de dresser un procès-verbal à un débitant qu'il favorisait pour des raisons toutes personnelles — M. le Commissaire du Gouvernement ROMIEU avait conclu au rejet du recours, en invoquant l'incompétence du juge pour apprécier l'opportunité d'une mesure disciplinaire.

Le Conseil d'Etat admit cependant le détournement de pouvoir, mais sa preuve restait encore très difficile. Une note au *Lebon* de 1905, p. 493, souligne ce qu'il y a de nouveau dans la réserve des cas de détournement de pouvoir, précédant le refus d'examiner l'opportunité. Cependant l'arrêt de Crozals, ainsi annoté, fait rentrer dans cette *opportunité* la question de savoir si les motifs invoqués existent.

Le Conseil d'Etat estime, en effet, qu'il n'a pas à rechercher les motifs des décisions prises par les maires dans l'exercice de leurs fonctions (Carteron 26 juin 1906) ; les arrêts parlent du reste indifféremment d'opportunité (Monteux 19 Juillet 1906) ou de fausse appréciation des faits (Gascon 19 Janvier 1906, Eslan 7 Août 1906, etc.). Pendant toute cette période, le détournement de pouvoir est réduit à sa plus simple expression, opposé à toute discussion sur la réalité des motifs administratifs : Djabri El Hadj Doussen 17 Novembre 1911 : à l'encontre de la décision attaquée le requérant ne justifie d'aucun vice de forme et n'allègue aucun détournement de pouvoir, qu'il se borne à contester les faits qui ont motivé sa mise à la retraite. Considérant que *l'opportunité* de la mesure prise contre le sieur E. ne peut être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux. »

Voir aussi : Garle 13 Décembre 1907, (la requête contestait l'exactitude des faits reprochés), Come 24 Mai 1912, plusieurs arrêts du 24 Novembre 1911 et la note au *Lebon* résumant fidèlement la doctrine de l'époque. « Il suffit que les auteurs d'actes dénoncés invoquent des faits de service, pour que le Conseil d'Etat refuse de se faire juge de l'importance ou du manque de gravité des faits reprochés aux fonctionnaires suspendus ou révoqués, ou saisi d'un recours pour excès de pouvoir, il ne se croit pas investi du droit d'entrer dans l'examen de fond, du moment que le détournement de pouvoir ne résulte pas manifestement des pièces du dossier. Toutefois, même en cette matière, le pouvoir d'appréciation du Conseil d'Etat serait plus étendu si la question d'indemnité était en jeu. »

b) Le Conseil d'Etat s'efforçait cependant d'atténuer ce que ces résultats pouvaient présenter de choquant : dans un arrêt du 9 Novembre 1906 (Portebeuf), il rappelle qu'on ne peut discuter les motifs d'une révocation, mais il s'assure, pour la déchéance du droit à pension » qu'il résulte des documents versés au dossier que les faits relevés à la charge du requérant rentrent dans la désignation générale faite par le règlement susvisé, des fautes qui entraînent déchéance du droit à la retraite » et à partir de 1908 se développe sur le terrain du contentieux de l'indemnité, la jurisprudence que nous avons indiquée.

Un mouvement analogue se dessinera bientôt dans le contentieux de l'annulation. Alors que certains arrêts (voir par exemple Effran Beaufils du 17 Janvier 1913, Guillebeau 7 Mars 1913), indiquent que le Conseil d'Etat n'examine pas la réalité des faits invoqués, d'autres arrêts de rejet décèlent un examen du fond, leur libellé change. Un arrêt du 30 Décembre 1910 (Boyer) constate que le garde-champêtre a été révoqué pour avoir remplacé un assesseur de bureau électoral ; que le détournement de pouvoir ne résulte d'aucune des pièces du dossier (comp. Bouchard 23 Juillet 1909, révocation d'un garde-champêtre particulier prononcée pour cassation de son procès-verbal. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier la légitimité d'une révocation de sapeur-pompier *survenue pour insubordination* (Berland 15 Mars 1912). Les arrêts constatent (Mourguin 31 Octobre 1913, Aubert 14 Janvier 1916) la *réalité* d'une faute alléguée ; (Guiraud 5 Mai 1911), la légitimité du

motif donné pour la révocation du maire : ou (Zitouni 1^{er} Août 1914) pour le licenciement d'un stagiaire.

Un arrêt Ponsonnaille du 16 Juin 1915 précise le développement pris par le contrôle juridictionnel « sur le moyen tiré de ce que les motifs de l'arrêté attaqué seraient inexacts. Considérant qu'il résulte de l'instance que la décision attaquée a été prise par le préfet, à raison de faits constatés pendant le service, que le requérant n'établit pas que les faits relevés sont *inexacts*, et qu'*ainsi* il n'est pas fondé à soutenir qu'elle serait entachée de détournement de pouvoir » ; voir aussi Bas-sac et Després 6 Août 1915.

c) Ainsi s'est accomplie insensiblement une évolution qu'il est temps de résumer, d'achever et de fixer. C'est l'objet de l'arrêt Camino du 14 Janvier 1916. « Considérant que si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient d'une part de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures, d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application de sanctions prévues par les dispositions précitées. » Or, le Conseil d'Etat constate qu'en l'espèce on ne relève que des faits inexacts ou incertains, il annule donc la mesure prise. Voir aussi Raimbaud 25 Février 1916, Chamoin 18 Janvier 1918, Gérard 3 Juillet 1918, etc...

Dans ses conclusions, sous l'arrêt Camino (RDP 1917 p. 442) M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE ramenait les pouvoirs du juge à un contrôle de légalité qu'entraîne la loi du 8 Juillet 1908, obligeant l'Administration à motiver les mesures disciplinaires prises à l'égard du maire.

« Si vous n'êtes pas juges du fait, vous êtes juge de la légalité, et vous avez le droit de vous demander : 1) si les formes ont été observées ; 2) si la condition légale l'a été. Et sur ce point vous avez le droit de vous demander si la mesure a été réellement motivée, si la mesure a été juridiquement motivée. Et le motif est en fait inexistant, si ce n'est pas un motif, et si ce n'est qu'un prétexte, la loi, le paragraphe 3 de l'art. 86 nouveau est violée puisqu'elle veut que la mesure soit étayée sur un motif et que si le motif reste inexistant après examen des faits, il s'efface, il disparaît. »

« Si le Conseil d'Etat doit s'arrêter devant la valeur en fait des motifs relevés dans l'acte attaqué, il lui appartient d'une part de vérifier la matérialité des faits qui avaient motivé les mesures prises et, d'autre part, dans le cas où les faits seraient établis, de rechercher s'ils pouvaient, en droit, donner lieu à une mesure disciplinaire, c'est-à-dire s'ils constituaient une faute de mandat, ou une faute de tenue générale de nature telle qu'elle serait incompatible avec la continuation du mandat. »

Dès cette époque, par conséquent, il y a un double contrôle juridictionnel : 1) sur l'existence et la qualification de la faute commise par le maire dans l'exercice de ses fonctions ; 2), sur l'existence, la qualification et la gravité de la faute commise en dehors de ses fonctions, dans sa vie personnelle.

d) Si cette jurisprudence peut encore être rattachée au contrôle de légalité, grâce à l'obligation de motiver incluse dans la loi de 1908, elle va bientôt le déborder lorsque les arrêts vérifieront l'exactitude des faits invoqués vis-à-vis des fonctionnaires pour lesquels aucun texte n'établit l'obligation de motiver. (Wante et Delaine 19 Décembre 1919, Sei 21 Janvier 1921, etc.).

Puisque dans l'arrêt Camino, en effet, il n'y avait aux termes des conclusions de M. CORNEILLE, contrôle de légalité qu'en raison de l'art. 86 nouveau de la loi de 1884, il ne peut plus y avoir contrôle de légalité là où ce texte fait défaut.

Lorsqu'on compare le libellé de l'arrêt Gérard précité : « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'examiner l'opportunité de la mesure, ni le bien fondé des motifs, *sauf* dans le cas où l'inexistence flagrante des faits allégués laisserait sans aucune base l'acte attaqué, ou si les motifs invoqués n'étaient pas par eux-mêmes de nature à provoquer une mesure disciplinaire » ou celui d'un arrêt Odent du 22 Juin 1917 « qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une mesure prise en *présence d'un ensemble de faits dont la matérialité n'est point contestée.* » Lorsqu'on compare, disons-nous, ces décisions avec des arrêts comme l'arrêt Djabri ben el Hadj Dousen du 17 Novembre 1911, que nous avons cité, ou comme un l'arrêt Travielle du 8 Août 1888, qui refuse d'annuler un acte discrétionnaire dont le motif illégal est expressément énoncé

parce que l'Administration pouvait ne donner aucun motif — on constate que « l'opportunité », que réservent toujours les arrêts du Conseil d'Etat, n'est plus la même. Cette notion, en tant que synonyme de « pouvoir réservé à l'Administration », s'est appauvrie parce que le contrôle juridictionnel s'est élargi.

L'évolution ne s'est pas faite brusquement, ni même par l'avènement lent d'un principe nouveau : nous avons voulu en retracer l'histoire hésitante pour montrer qu'elle n'était que le développement de l'idée même du détournement de pouvoir. D'ailleurs au moment même où la jurisprudence parvient à cette vérification des faits invoqués par l'Administration, elle facilite aussi au requérant la preuve directe du détournement de pouvoir ; après l'avoir déduit (Rigal, 14 Janvier 1910) de l'absence de faute du requérant qui était établie (v. aussi Paulhon, 24 Décembre 1915), elle aboutit à des formules de plus en plus compréhensives : Cassagne, 25 Février 1916, Serfaty 17 Décembre 1916, « que le requérant n'établit pas et qu'il ne résulte d'aucune pièce du dossier qu'en prenant lesdits arrêtés, le préfet ait usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été concédés » ; Moreau 7 Juillet 1916, « qu'il ne résulte d'aucune pièce du dossier que le conseil d'Administration des hospices civils de Sens ait agi dans un but autre que la sauvegarde de l'intérêt général et le bon fonctionnement du service. » Voir pour des décisions plus récentes, Delarue 19 Janvier 1919, Daval 1^{er} Décembre 1926.

97. Le contrôle de l'erreur de fait dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire marque donc un dédoublement de la question primitivement posée par le détournement de pouvoir, plutôt que l'apparition d'une question nouvelle. Mais ce dédoublement n'en a pas moins son importance pratique ; grâce à lui chaque question se trouve posée plus nettement, plus expressément. Comme dans les questions intéressant la propriété immobilière, on devra toujours se demander si les faits allégués existent, s'ils sont de nature à justifier la décision prise.

Le Conseil d'Etat acceptera de discuter ces deux questions, a) à propos de *révocation* d'un fonctionnaire (Champeaux 23 Mars 1927, Subrini 1^{er} Août 1928), d'un maire (de la Fargue 26 Janvier 1927 « Les pièces jointes au dossier n'établissent pas l'inexactitude matérielle des faits sur lesquels reposent les

griefs formulés, et il résulte de l'instruction que ces faits étaient de nature à motiver légalement l'application des sanctions prises ») ; au sujet de la mise en disponibilité d'un officier général, Le Noue 5 Juillet 1908. « Si le ministre de la Guerre était investi, en ce qui touche le maintien ou le non-maintien en activité des officiers placés dans le cadre de réserve, de pouvoirs discrétionnaires qui comportent une souveraine appréciation de ce que commande l'intérêt du service, il ne pouvait relever cet officier général de son commandement pour des faits matériellement inexacts. » Voir aussi Georgin 28 Janvier 1927, à propos d'un licenciement et Lefranc 27 Janvier 1926, (renvoi pour un fait matériellement inexistant annulé) ; d'une sanction prise contre le pilote d'un navire, Berthelot 29 Juillet 1927.

b) A propos de l'exclusion d'un *concours*, Leloutre 10 Août 1923.

c) Le Conseil d'Etat a annulé sur recours pour excès de pouvoir. (Commune de Saint-Etienne, du 19 Juillet 1918), l'interdiction faite à une commune d'établir son *cimetière* dans un lieu déterminé, fondée sur le fait que les conditions d'isolement prévue par le décret du 23 Prairial, an XII n'étaient pas remplies alors qu'en fait la distance prévue sur les plans était supérieure à 40 mètres.

On peut rapprocher de cet arrêt les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE, sous un arrêt du 24 Juillet 1916 (Charles), indiquant à propos d'un refus de transfert que son annulation aurait dû être prononcée s'il avait été *constant* que la translation s'imposait. En l'espèce, alors que le conseil d'hygiène avait donné un avis favorable au transfert refusé par le maire, mais le Conseil d'Etat s'est borné à constater l'absence de détournement de pouvoir, et s'est refusé à examiner l'opportunité de la mesure.

d) On ne peut interdire, (Deutsch 4 Mars 1904) l'exercice d'une *profession* sous le prétexte qu'elle a été interrompue, alors qu'en fait elle ne l'a pas été.

e) Ce contrôle s'exerce même parfois pour un retrait de *naturalisation* : Kopp 20 Avril 1923, il résulte de l'instruction que le requérant a quitté Paris pour se rendre en Allemagne..

f) Le célèbre arrêt Trépont (20 Janvier 1922), n'est que l'application de cette idée générale suivant laquelle un motif exact est toujours nécessaire. L'Administration peut mettre à la retraite un fonctionnaire pour des raisons qu'il lui appartient d'apprécier souverainement, mais si elle prétend le mettre à la retraite sur sa demande, et si cette demande est inexistante, la mesure doit être annulée, car elle est fondée sur un fait matériellement inexact, (comp. pour un déplacement, Alibert 17 Décembre 1926, une mise en disponibilité, Guibert 3 Août 1927, voir aussi Blanchard 23 Mars 1923).

Il n'y a du reste pas là, comme on le dit parfois, la sanction d'une obligation morale de sincérité qui incomberait à l'Administration. Un arrêt déjà ancien, mais qui a été l'un des premiers à examiner au fond les raisons d'une mesure disciplinaire, a consacré pour l'Administration ce qu'on pourrait appeler « le droit à l'euphémisme. » Lorsque l'Administration renvoie un fonctionnaire pour faute dûment établie, elle peut, dans une pensée de bienveillance, alléguer une demande fictive de mise à la retraite.

« Que si c'est à tort que le décret attaqué qui nomme le sieur N... en remplacement du sieur Monod, énonce que ce dernier a été admis à faire valoir ses droits à la retraite sur sa demande, l'inexactitude de cette mention n'est pas, dans les circonstances de l'affaire, de nature à entacher d'illégalité le dit décret », (Monod, 28 Juin 1907).

g) Les particuliers qui collaborent à un service public dans une qualité voisine de celle de concessionnaire semblent bénéficier d'un contrôle juridictionnel particulièrement étendu. (Comp. ci-dessous sur son étendue habituelle, p. 187-8).

Un arrêt du 27 Juillet 1923 (Gheusi) constate par exemple qu'il y a, aux termes du cahier des charges, deux causes susceptibles de légitimer le retrait de l'autorisation ministérielle : 1° La contravention aux dispositions du cahier des charges, Or, dit l'arrêt, il n'y a pas eu de manquement *assez grave*, pour légitimer cette sanction ; 2° le ministre se réserve aussi d'apprécier si, à raison d'actes personnels et de circonstances particulières, les directeurs ont cessé de mériter la confiance de l'Administration.

Il est certain, indique l'arrêt, que la mécontente perma-

nente des directeurs peut justifier le retrait de l'autorisation et le sieur G. ne serait fondé à poursuivre devant le Conseil d'Etat l'annulation de la décision prise par application de ladite disposition, « qu'au cas où le ministre aurait *abusé*, en le détournant de son objet, du droit très étendu qu'il s'était contractuellement réservé ; que le requérant soutient à la vérité qu'il en a été ainsi dans l'espèce, mais que les faits de la cause tels qu'ils ressortent des pièces du dossier, ne suffisent pas à justifier son affirmation ». (Voir aussi de Mistral 3 Décembre 1919, inexistence des contraventions *particulièrement graves* qui étaient invoquées.)

98. Lorsqu'après avoir établi la réalité des faits invoqués, la Haute Juridiction se demande s'ils étaient susceptibles de motiver la mesure prise, ses arrêts fixent certains types de faits de nature à légitimer une mesure déterminée.

a) Si le Conseil d'Etat se contente parfois d'indiquer « que les faits relevés sont manifestement de ceux qui rendent impossible le maintien du sieur M. à la tête de l'Administration municipale », (Michel, 6 Juin 1928), il est généralement plus explicite et indique par exemple que le maire empêchait, pendant son absence, le fonctionnement des services municipaux. (Lepeut, 9 Novembre 1927), qu'il avait employé des expressions grossières vis-à-vis du Gouvernement (Mathey, 25 Janvier 1928) installé illégalement, un curé dans un presbytère (Bourdy, 16 Décembre 1910), fait des locaux scolaires un usage contraire aux règlements (Faucheur, 23 Janvier 1928), refusé de renvoyer un secrétaire de mairie gravement coupable (Kneipp, 4 Janvier 1928), etc...

Inversement, on ne peut suspendre un maire qui a refusé d'appliquer des mesures extra-légales édictées par le gouverneur général dans un but électoral (De Thoré et Jo, 9 Février 1923).

Les arrêts relatifs à d'autres fonctionnaires établissent aussi des types de fautes : faits amnistiés qui peuvent cependant avoir des suites disciplinaires (Cocol, 10 Mars 1926), manque de discipline et incorrection (Nguyen van Chanh, 27 Janvier 1926), publication d'articles injurieux, (Flandrin, 11 Mai 1927), etc... Ainsi s'élabore une liste des actes répréhensibles du fonctionnaire,

b) Un arrêt du 15 Mai 1908 (Souet) constate que le fait pour le Président de la République de *dissoudre un conseil municipal* formé de deux parties égales et opposées, constitue un usage des pouvoirs appartenant au Chef de l'Etat qui n'est pas de nature à être discuté par la voie contentieuse. Idem Fauques, 7 Avril 1911.

c) Un arrêt du 4 Mai 1928 (Beau) constate qu'on peut bien soumettre les *quêtes* à l'autorisation préalable, mais non réserver l'octroi de cette autorisation aux quêtes faites en faveur de l'école laïque.

d) Un arrêt du 5 Mai 1911 (Tou) déclare que le refus de délivrer une *commission*, est licite s'il a pour but de favoriser le recrutement de jeunes sous-officiers. (Idem Santarelli, 7 Janvier 1927, sur la possibilité de subordonner un *renforcement* à la renonciation au grade d'adjudant et à l'emploi réservé).

e) Un arrêt du 13 Juillet 1923 (Budon) indique que le pouvoir discrétionnaire du ministre, en vue d'arrêter la liste des *candidats* admis à un *examen*, ne va pas jusqu'à lui permettre de se fonder, pour refuser cette inscription, sur une prétendue inaptitude ou sur des échecs antérieurs.

99. Le contrôle du *motif admissible* rejoint ainsi naturellement le contrôle de l'erreur de droit. Le Conseil d'Etat s'assure que l'autorité administrative, dont l'acte est critiqué, n'a pas été guidée par un motif juridiquement erroné.

Un arrêt Boissellet du 8 Juin 1912 avait déjà annulé la révocation d'un maire, fondée sur le fait qu'il était rentré dans une classe : la loi du 30 Octobre 1836 lui en donnait en effet le droit. Peu de temps après un arrêt du 27 Mars 1914 (Hugot) venait affirmer l'ampleur du contrôle ainsi exercé.

« Considérant que s'il appartenait au Gouvernement de prononcer la dissolution pour des motifs d'opportunité qui n'auraient pu être discutés par la voie contentieuse, il ne pouvait user des pouvoirs qui lui ont été conférés que dans le seul intérêt du bon fonctionnement du conseil municipal ; que le maintien de l'ordre public qui incombe au maire ne rentre pas dans les attributions du conseil municipal ; qu'il résulte de ce qui précède que les requérants sont fondés à soutenir que

le décret attaqué est entaché de détournement de pouvoir, et à en demander l'annulation. »

L'une des variétés les plus curieuses de l'erreur de droit dans les motifs est celle qui fait croire à l'Administration qu'elle est juridiquement obligée de refuser au requérant l'avantage sollicité, alors qu'elle avait un pouvoir discrétionnaire pour l'accorder ou le refuser.

Une commission de classement de sous-officiers en vue d'emplois réservés viole la loi, malgré son pouvoir d'appréciation souverain, lorsqu'elle écarte une candidature en prétendant à tort que l'intéressé ne remplit pas les conditions d'aptitude légales. (Berrest, 20 Mai 1904, avec les conclusions de M le Commissaire du Gouvernement SAINT-PAUL). De même l'Administration peut librement refuser une naturalisation. Mais l'indigène à qui on oppose un refus fondé sur l'inaccomplissement des conditions d'aptitude légales, peut soutenir que l'Administration s'est méprise sur ces conditions (Nguyen van Niap, 23 Juin 1916) ; même solution pour la titularisation des officiers de réserve (Dumont, 23 Février 1923).

Id. à propos de l'attribution de biens d'un établissement ecclésiastique (Sté Nat. d'Education de Lyon, 23 Juillet 1909) : le préfet ne s'est pas borné à refuser d'approuver l'attribution par des motifs dont le gouvernement était seul juge « mais a déclaré que cette attribution n'était pas susceptible d'être approuvée ». Sa décision est donc exclusivement fondée sur un moyen de droit dont la valeur peut être discutée.

De même, un arrêt du 18 Mai 1925 (Chenu), constatant que le requérant avait le droit d'être maintenu en fonction après 75 ans, annule la décision qui a mis en retraite l'intéressé *parce* qu'il avait 75 ans, sans examiner le cas individuel. L'erreur de droit commise consiste, dans tous ces cas, en une sous-estimation par l'autorité administrative de ses propres pouvoirs. C'est l'inverse de l'excès de pouvoir proprement dit, quelque chose comme « un excès de pouvoir négatif » ; l'Administration pouvait réserver un accueil défavorable au requérant : elle ne pouvait se croire obligée de le faire. LAFERRIÈRE (II, p. 519) voyait déjà un cas d'*incompétence* dans le fait, pour une autorité qui possède un pouvoir discrétionnaire, de se déclarer incompétente pour prendre la mesure sollicitée. « Doit être annulé, ajoute MICHOUX (1915 p. 196), l'acte pris par

un administrateur qui s'estime, à tort, lié par une disposition légale. Ne pas faire usage du pouvoir dont il dispose, notamment ne pas user de son pouvoir discrétionnaire là où il le possède, c'est violer la loi et enlever aux particuliers la garantie d'un examen attentif et spécial qu'elle a voulu leur accorder. »

Si l'on cherche le motif profond de cette jurisprudence apparemment paradoxale, on le trouve certainement dans la volonté d'assurer un *exercice normal du pouvoir discrétionnaire*. Ce n'est pas un pouvoir discrétionnaire normal que celui qui s'ignore. L'Administration se sachant libre, aurait peut être pris une autre décision : le requérant a droit à un libre examen de son cas, comme il a droit à l'accomplissement des formalités requises. Contrôle de l'erreur de droit sur les motifs, contrôle de l'accomplissement des formalités, ces jurisprudences convergent vers un même objectif : assurer l'exercice normal du pouvoir discrétionnaire.

100. Les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement RIVET, sous l'arrêt Trépont (RDP 1922 p. 82) mettent très nettement cette dernière idée en lumière, en même temps qu'elles opposent l'annulation pour motif inexistant en cas de pouvoir discrétionnaire, et l'annulation pour violation de la loi, que la doctrine tente cependant d'identifier.

« Vous apparaît-il que la décision qui vous est déférée n'aurait pu être prise légalement si les faits s'étaient présentés conformes à leur réalité, à l'appréciation de l'auteur de l'acte ? Vous estimerez, dans ce premier cas, que vous vous trouvez encore dans le domaine de la *violation de la loi*, simplement quelque peu élargi, et vous retenez comme dépendant de ce domaine le moyen d'annulation formulé.

« Vous apparaît-il, au contraire, qu'étant donné l'élasticité des pouvoirs dont dispose, en l'espèce, l'Administration, l'acte attaqué eut pu se concilier avec la réalité des faits ? Le problème devient plus délicat. Le plus souvent vous annulez la décision qui vous est déférée, considérant que cette décision est viciée en quelque sorte, parce que le *libre arbitre* de son auteur a fait défaut, et qu'elle n'a pas été prise en définitive dans les conditions où elle eut dû légalement l'être. »

C'est là, en effet, la raison d'être profonde des annulations de décisions prises en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, mais

sur le fondement d'un motif inexact en fait ou en droit. Qu'importe, a-t-on dit, parfois, que tel motif soit inexact, puisque l'Administration aurait pu en choisir n'importe quel autre ?

On doit répondre que toute la « limitation interne » du pouvoir discrétionnaire repose sur l'idée que certains usages de celui-ci sont inadmissibles. Pas plus que le citoyen ne saurait être tenu de supporter les conséquences de l'usage du pouvoir discrétionnaire dans un but que le juge considère comme inadmissible, il ne doit pas supporter les conséquences d'une action inspirée par une erreur certaine de fait ou de droit (1).

L'annulation pour erreur de motif fait ainsi partie de l'ensemble des procédés par lesquels le Conseil d'Etat assure un *usage admissible du pouvoir discrétionnaire*. La liberté de l'Administration lui est conférée en vue d'un certain bien public, il est donc inadmissible qu'elle soit employée dans un but que l'Administration ne doit pas poursuivre, dans des circonstances où l'intervention administrative est vouée à l'inefficacité parce qu'elle repose sur un véritable malentendu, là où on ne peut raisonnablement établir un rapport *plausible* entre les motifs et la mesure prise.

L'application de ces restrictions dont l'énoncé, à raison de leur généralité, est nécessairement très vague, suppose une liberté réelle du juge qui devra d'abord déclarer quel est, à une époque déterminée, « l'usage admissible » du pouvoir discrétionnaire, l'étendue de la liberté administrative que le citoyen doit accepter ; l'application de toutes les règles précitées évolue ainsi nécessairement vers un minimum de contrôle disciplinaire, vers une tutelle du juge sur l'Administration.

101. Mais cette tutelle dont nous venons d'étudier les procédés ne détruit pas toute l'indépendance de ceux à qui elle s'applique : le pouvoir discrétionnaire du juge se superpose à celui de l'Administration, sans l'absorber. Examinant une question déterminée, le Conseil d'Etat va moins loin dans son étude que l'auteur de la décision attaquée. Dans son investi-

(1) Comparer un arrêt Coquillard du 30 Juin 1911 qui annule le refus d'autoriser l'exhumation d'un mort, lorsque ce refus est fondé sur un arrêté municipal antérieur, trop général dans ses termes, et non sur des inconvénients particuliers à l'exhumation sollicitée.

gation, il s'arrête en route, et c'est ce qu'on appelle la « réserve de l'opportunité. »

Une fois qu'il a répondu affirmativement aux deux questions suivantes : tel fait s'est-il produit ? présente-t-il le caractère d'une faute ? le Conseil d'Etat ne recherche plus si cette faute a été lourde ou légère : il laisse ce soin à l'Administration active ; Flandrin, 11 Mai 1927 ; Dillon, 24 Décembre 1926, « que l'appréciation de l'attitude du maire n'appartient qu'à l'Administration » ; Aubry 24 Décembre 1926, à propos des circonstances invoquées pour atténuer la responsabilité d'un fonctionnaire, etc...

Un rapport de cause à effet entre l'événement survenu et la mesure prise, est-il vraisemblable, acceptable ? Cela suffit au juge et pour résoudre cette question qui se pose à lui, il isole le fait envisagé de son ambiance. Le Gouvernement a par exemple révoqué le maire de Brest qui avait interdit une manifestation des anciens combattants en l'honneur des morts de la guerre (Nardon 21 Janvier 1921). Pour rejeter le recours le Conseil d'Etat ne se demande pas si le maire de Brest est depuis longtemps en conflit avec l'Administration préfectorale, s'il brime depuis longtemps ses propres administrés, ou si, au contraire, il a rendu d'éclatants services. On relève simplement que l'interdiction d'un hommage des anciens combattants à leurs camarades tombés pour la France est susceptible de justifier la révocation du maire.

L'Administration pouvait peut être, en s'inspirant des services antérieurs du magistrat municipal, s'en tenir à une suspension ou à un blâme. Cela ne concerne plus le tribunal administratif, il n'assure pas un contrôle aussi étendu du pouvoir discrétionnaire, il lui suffit de constater qu'en l'occurrence, le requérant a bénéficié du minimum de bonne administration auquel tout citoyen a droit, c'est-à-dire que la conduite de l'autorité exécutive est *défendable*. C'est pourquoi un examen très sommaire est ici suffisant : le Conseil d'Etat ne recherche pas le bien fondé de la mesure prise, mais la *possibilité* de ce bien fondé : il se borne à constater que l'Administration puise, dans la nature du fait invoqué, un argument sérieux en faveur de sa thèse, que sa solution est du nombre de celles auxquelles pouvait s'arrêter un *administrateur convenable*.

Le risque d'information inexacte, de rigueur excessive, etc,

n'excède pas celui qui est inséparable de la liberté administrative. La sincérité, la sagesse minima dans l'exercice de cette liberté, sont assurées.

102. La répartition des pouvoirs entre le juge et l'administrateur varie du reste suivant les matières, en même temps que la rédaction des décisions.

A) Les arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat vérifie l'existence et la portée plausible des faits allégués marquent le terme d'une évolution qui a restreint les pouvoirs discrétionnaires de l'Administration, évolution dont les étapes antérieures sont l'annulation pour détournement de pouvoir flagrant, exprimé, puis l'admission de la preuve indirecte.

La même matière est successivement passée de l'un à l'autre de ces types et l'évolution ne s'est pas faite d'une manière uniforme dans tous les domaines ; la jurisprudence admet plus ou moins facilement le détournement de pouvoir suivant que la liberté administrative a des racines plus ou moins profondes.

Le développement du contrôle des mesures intéressant la propriété immobilière a précédé celui des mesures disciplinaires. Dans d'autres domaines, une évolution analogue ne s'est pas encore faite et ne se fera peut être jamais.

Il est probable qu'en matière d'expulsion d'étrangers par exemple, le Conseil d'Etat annulerait, pour reprendre un exemple de la jurisprudence allemande, l'arrêté d'un préfet expulsant d'un département frontière, la maîtresse de son fils afin de régler un conflit de famille, si le préfet avait lui-même reconnu dans une lettre que tel était le motif de la mesure prise.

Mais il est à peu près certain que le Conseil d'Etat se refuserait à discuter l'exactitude d'une affirmation administrative prêtant à cette étrangère des menées anti-françaises, et qu'il se demanderait encore moins si les opinions politiques de cette personne sont de nature à justifier une expulsion.

Il ne s'agit pourtant pas là d'un acte de gouvernement puisque le recours pour excès de pouvoir est recevable, notamment pour violation de la loi, mais l'idée de la liberté administrative, de la variété nécessaire des motifs de son action

comprime, en quelque sorte, la théorie du détournement de pouvoir dans ses limites primitives, et l'empêche de se déployer, écarte la possibilité d'une preuve indirecte. Il en serait probablement de même pour l'avancement des fonctionnaires.

B) L'influence de la matière envisagée sur les modalités du contrôle juridictionnel se marque non seulement dans l'étendue de ce contrôle, mais encore dans la rédaction des arrêts qui le traduisent. Pour étudier l'importance de l'examen pratique nous avons retenu ceux qui étaient longuement motivés. Mais la plupart présentent, nous l'avons déjà dit, une rédaction beaucoup plus laconique. Elle est la seule à pouvoir concilier les susceptibilités et les nécessités de l'action administrative avec la publicité des arrêts et leur autorité en tant que précédents. La plupart des décisions ne réduisent guère le pouvoir discrétionnaire qu'elles ont contracté. Lorsqu'elles se bornent à dire « qu'il résulte de l'instruction que telle autorité n'a pas agi dans l'intérêt du service », la décision intervenue ne constitue un précédent ni quant au mode de preuve des faits, ni quant au droit applicable.

Nombre d'arrêts rendus en matière de détournement de pouvoir prouvent donc que non seulement le juge peut avoir un certain pouvoir discrétionnaire, mais encore qu'il peut en user sans le réduire, à la condition d'adopter une certaine rédaction de ses arrêts, de ne rendre que des « décisions d'es-pèce. »

Une considération d'équilibre politique intervient donc ici et modèle le contrôle du juge sur son sujet. En pénétrant intimement dans tout le pouvoir discrétionnaire de l'Administration pour n'en retenir qu'une partie, le Conseil d'Etat devait, dans ses décisions, respecter la réalité, la nécessité de ce pouvoir ; pour le laisser subsister ses arrêts devaient se faire laconiques. Ceux qui seraient tentés de blâmer cette rédaction devront se souvenir qu'elle était la seule possible dans une pareille matière. Si le Conseil d'Etat a pu étendre aussi loin son contrôle juridictionnel, il ne le doit pas seulement au recrutement de ses membres, mais aussi à la technique de sa jurisprudence. La difficulté, pour la doctrine, de tracer ici des limites précises entre le pouvoir du juge et celui de l'Administration active, révèle l'assouplissement et la transformation de la technique juridictionnelle, grâce auxquels le Conseil d'Etat

a pu, pratiquement, étendre son contrôle et réaliser une justice malgré tout plus sûre que celle des administrateurs actifs.

La rigueur du juge de l'excès de pouvoir varie ainsi, comme celle du juge de la responsabilité, avec la matière considérée : il contrôle et règle plus ou moins le pouvoir discrétionnaire ; plus la liberté nécessaire à l'autorité exécutive est étendue, moins il y a d'usages inadmissibles du pouvoir discrétionnaire, moins il y a de traces de l'intervention juridictionnelle.

103. L'inspiration de ce contrôle n'est donc empruntée ni à des analyses logiques, ni à des déductions juridiques ; elle doit plutôt être cherchée dans des conceptions de politique administrative ; ce qui résume toute cette « limitation interne » du pouvoir discrétionnaire, qui n'est que le partage de celui-ci, c'est l'idée d'un exercice normal, d'un exercice loyal et sérieux de ses pouvoirs par l'autorité exécutive.

Nul n'est tenu à l'infailibilité, et souvent il est impossible de dire si une personne s'est vraiment *trompée*. Mais on pourra toujours se demander si l'auteur de la décision attaquée a agi, pour reprendre l'expression d'OTTO MAYER, comme un « fonctionnaire convenable. » (Voir n° 173).

Le droit romain connaissait la « *diligentia du pater familias* », la jurisprudence judiciaire actuelle élabore, à propos de l'abus du droit, une théorie de « l'usage normal des droits individuels », le Code Civil allemand parle du « *Sorgfalt des guten Kaufmanns* » ; à ces définitions normatives, le droit administratif français ajoute celle du « fonctionnaire convenable ». La concession d'une liberté, d'une autonomie, est, dans tous ces cas, subordonnée à une certaine correspondance entre l'usage qui sera fait de cette liberté et un idéal social déterminé.

Le recours à ces concepts s'impose ainsi pour toute technique juridique évoluée. Leur importance augmente avec le développement des rapports sociaux, parce que le rôle du juge croît lorsque se renforce l'idée d'une destination sociale des droits. Partout, en effet, où l'ordre juridique confie à un sujet la disposition d'un pouvoir qui porte sur une chose qui n'est pas intégralement à lui, ou qui réagit sur des intérêts que le droit entend défendre plus particulièrement, le législateur est conduit à réserver au magistrat comme un « domaine émi-

nent » sur cette liberté. Là où le tuteur détient la chose du pupille, le débiteur celle du créancier, l'administrateur celle de l'administré, la loi qui a désarmé ceux-ci vis-à-vis de ceux-là, se doit de leur rendre un minimum de protection : le tribunal est le recours des faibles.

Mais la définition de ce minimum de protection devant s'appliquer à des cas très différents, est nécessairement des plus vagues. Elle ne trace pas de limites véritables au juge ; c'est pour lui une directive. Elle ne lui fait qu'une seule obligation, celle de proportionner constamment sa protection à ce qu'il croit normal d'attendre à une époque déterminée, dans un milieu déterminé. Il est de l'essence des concepts ainsi employés d'être variables. La conscience publique, l'action des citoyens, parviennent-elles à imposer une Administration plus diligente, une morale plus stricte, à obliger davantage le détenteur des droits d'autrui, le juge peut, lui aussi, se montrer plus exigeant.

C'est la pensée de « ce qui se fait », de ce qui doit se faire, qui guide le Conseil d'Etat comme tout autre tribunal, dans sa jurisprudence du recours pour excès de pouvoir, comme dans celle du contentieux de la responsabilité, pour déterminer le minimum de bon exercice de la puissance publique qui peut être garanti aux citoyens.

Pour fixer ce minimum le Conseil d'Etat ne tient pas seulement compte des considérations morales : il aurait dû sans cela s'arrêter à la répression du détournement de pouvoir commis dans un intérêt personnel. Il va plus loin, et il cherche à faire pénétrer un certain ordre, une certaine rationalité dans la vie administrative. Mais cette moralité, cette rationalité il ne peut les puiser dans la réalité extérieure avec la même facilité que le juge civil. LAUN le faisait déjà observer : le « pater familias » « l'ordentlicher Kaufmann » sont donnés dans la réalité sociale, antérieurement à l'intervention du juge : des sentiments ou des intérêts individuels façonnent ici d'eux-mêmes certains types humains.

L'idée qu'on se fait du fonctionnaire convenable dépend au contraire d'un ensemble de croyances politiques et sociales, d'un système adopté, souvent inconsciemment, par le Parlement, par les élites administratives, par les tribunaux. Le rôle du juge administratif s'avère donc encore plus actif que celui du

juge judiciaire ; plus que lui il contribue à dégager le type social qui inspirera ensuite ses décisions.

A côté des directives spéciales que nous rencontrerons plus loin, ordre public, circonstances exceptionnelles, etc... le droit administratif nous présente ainsi une autre directive générale. mais la plus imprécise de toutes : celle du fonctionnaire convenable.

En l'appliquant, le Conseil d'Etat devient dans une certaine mesure le censeur de l'activité administrative ; il n'a pas tout le pouvoir hiérarchique, il n'a que ce qu'il lui en faut pour éviter des abus qui seraient inadmissibles ; fidèle à l'institution même du recours pour excès de pouvoir, il conserve, grâce à l'imprécision de la règle qu'il édicte et qu'il applique, le pouvoir qui lui est nécessaire pour conjurer certains dangers de la liberté abandonnée à l'Administration.

CHAPITRE VIII

LA COMPÉTENCE LIÉE

104. Là où la loi a lié la compétence de l'autorité exécutive, supprimé son pouvoir discrétionnaire en définissant précisément les faits qui devront lui dicter une décision déterminée, les juridictions administratives sont compétentes pour vérifier l'existence de ces faits et les apprécier, pour refaire toutes les opérations auxquelles a procédé l'Administration active.

C'est ce qu'on appelle couramment « l'appréciation des faits en tant qu'ils sont la condition de légalité d'un acte » et si l'examen du fait était pratiqué dans ce cas seulement, on pourrait vraiment soutenir qu'il se ramène à un contrôle de légalité. Encore convient-il de préciser aussitôt qu'aucune compétence n'étant complètement liée, l'examen du fait par le juge entraîne, même ici, dévolution à son profit des parcelles de pouvoir discrétionnaire que l'inévitable indétermination légale a laissé subsister. Il y a là une conséquence forcée de l'indivisibilité pratique des opérations exécutive, qui rend applicable l'axiome « Pars major ad se partem minorem trahit. »

La compétence de l'autorité juridictionnelle s'explique, nous l'avons vu, aisément : la loi a entendu, avant tout, garantir l'administré, lui donner un droit subjectif ; si elle a laissé quelque liberté à l'Administration, elle l'a fait involontairement et, dans l'ensemble, elle est assez précise pour qu'on puisse, généralement, dans des circonstances déterminées, lui prêter une volonté certaine : on peut donc se demander si l'administrateur

s'est conformé à cette volonté : une *violation de la loi* est possible et il est logique que pour la prévenir, le juge ne recule pas devant un examen des faits.

Ayant nettement défini ce qui, dans ces faits, doit être considéré, la loi rend d'ailleurs superflue, et même illégale, toute appréciation des circonstances connexes, des répercussions éventuelles de la mesure ; l'Administration n'a pas à retenir les exigences diverses, profondes de l'intérêt public ; toute « politique exécutive » est en principe exclue. L'Administration active perd donc ici l'avantage que lui conféraient ailleurs la permanence de son action et son contact immédiat, répété avec les réalités, avantage qui compensait en faveur de l'administrateur l'impartialité et l'autorité plus grandes du juge. La compétence liée est donc, pour l'appréciation juridictionnelle des faits, un domaine d'élection.

105. L'équivalence de la compétence liée de l'Administration et du droit subjectif de l'administré, explique qu'au *xix^e* siècle, le législateur là où il instituait une compétence liée, a voulu assurer le respect du droit subjectif créé, par la voie du contentieux de pleine juridiction, contentieux normal des « droits » véritables. Et même après 1900, quand le législateur a voulu créer un droit subjectif au bénéfice répandu, il a prévu, pour lui donner les moyens de se faire respecter, l'institution d'une juridiction spéciale (tribunaux de pensions par exemple), plus proche de justiciable, techniquement mieux informée, moins encombrée que le Conseil d'Etat.

Le recours pour excès de pouvoir a donc vu aspirer souvent par des contentieux autonomes, ce qui aurait dû constituer, semble-t-il, son domaine propre.

Il subsiste pourtant de nombreux cas dans lesquels la compétence de l'Administration étant liée très étroitement, le recours pour excès de pouvoir est seul à pouvoir assurer le respect du droit individuel.

Très souvent d'ailleurs, nous l'avons vu, la loi n'a lié la compétence administrative que pour une partie de l'acte à accomplir. Sa définition ne porte que sur une partie des faits à envisager (formalités à remplir, le fond de la décision restant libre, conditions qui rendent cette décision possible mais non obligatoire).

Les diverses questions que pose l'accomplissement d'un même acte, relèvent ainsi de pouvoirs différents ; compétence liée et pouvoir discrétionnaire, encore que juxtaposés dans le même acte, concernent chacun la réponse à donner à une question distincte. Si le Conseil d'Etat se refuse alors à examiner ce qui, dans l'opération envisagée, n'a pas été défini par le droit, il examine intégralement l'aspect de la question pour lequel le pouvoir discrétionnaire a été aboli.

106. C'est ainsi que de très bonne heure le tribunal administratif s'est reconnu compétent pour contrôler l'accomplissement des formalités prescrites à l'Administration par différents textes. Cet examen du fait se présentait d'ailleurs le plus souvent dans des conditions de facilité particulièrement favorables à sa pratique ; il n'était, en réalité, qu'un examen de pièces, se ramenant à un inventaire de la procédure incluse au dossier.

La multiplication des formalités a cependant eu pour résultat de créer des situations plus compliquées, notamment lorsque l'accomplissement de la formalité prescrite étant impossible, son omission qui résultait d'un cas de force majeure, ne pouvait être reprochée à l'Administration. Pour donner à celle-ci un quitus qu'imposaient les circonstances, le Conseil d'Etat a été amené à vérifier si l'impossibilité invoquée était réelle et si elle était indépendante de la volonté administrative.

LAFERRIÈRE (II p. 528) écrivait déjà : « Le Conseil d'Etat juge de l'excès de pouvoir qui résulte du vice de forme, s'est toujours reconnu un pouvoir étendu pour rechercher et constater ce vice. Il n'est pas lié, à cet égard, par les mentions contenues dans l'acte attaqué, dans ses motifs, dans ses visas. Si l'acte vise une vérification se rapportant à un avis dont l'existence, la teneur ou la régularité sont contestées, il appartient au juge de l'excès de pouvoir d'ordonner la production de toutes pièces et documents utiles, et de provoquer s'il y a lieu, telles investigations que de droit par la voie administrative. Le jugement qu'il a à porter sur le vice de forme, l'autorise également à vérifier les diverses circonstances dont l'irrégularité peut dépendre. On peut dire que d'après sa jurisprudence, le Conseil d'Etat exerce, pour constater un vice de

forme, une juridiction complète et plus étendue que celle que se reconnaît la Cour de Cassation en présence d'une énonciation de procédure civile ou criminelle. » (V. aussi, p. 518 mêmes observations à propos des questions d'incompétence).

Et LAFERRIÈRE cite, à titre d'exemple, l'appréciation par le Conseil d'Etat, de l'impossibilité de siéger pour un membre du conseil de discipline, ou de l'impossibilité de détacher un officier d'un grade déterminé. (Voir aussi, à propos des opérations d'un concours : Genevey Montaz 26 Juillet 1895, Lamarque 28 Mars 1885).

Depuis, les exemples se multiplient, des arrêts constatent « qu'il y avait bien pour la commission d'enquête, impossibilité de siéger » (9 Janvier 1924, Dupin) pour un certain grade d'être représenté (Richard 28 Mai 1928). De même un arrêt du 23 Décembre 1925 (Association du Personnel des P. T. T.), constate qu'un tableau d'avancement a pu être valablement élaboré en l'absence des représentants du personnel puisque ces représentants se sont refusé à assister aux séances de préparation. (Id. à propos de démissions systématiques empêchant la formation d'une majorité : Audoye 20 Janvier 1922). Voir aussi à propos de la présidence du Conseil municipal par le maire, un arrêt du 12 Janvier 1917 (Granger) qui constate que l'état de santé du maire l'empêchait de présider la séance). Un arrêt du 3 Décembre 1921 (Peraldi) constate inversement que la commission chargée de dresser un tableau d'aptitude a été convoquée dans des conditions où tous ses membres ne pouvaient assister à la réunion, et ceci pour des raisons qui n'étaient pas tirées de l'intérêt du service : que dans ces conditions, la délibération a été faussée.

Le Conseil d'Etat vérifiera également si un certain acte administratif a bien été accompli. Un arrêt du 7 Février 1918 (Lauvergnat) constate qu'un militaire tombé au Champ d'Honneur, avait été vraiment nommé sous-lieutenant : en l'absence d'un décret de nomination, le fait est suffisamment établi par des témoignages, le ministre ne peut donc pas refuser de reconnaître le titre conféré.

107. Dans d'autres cas, ce n'est pas l'accomplissement de certaines formalités qui est en cause, c'est l'obligation même de les remplir qui dépend des circonstances de faits,

A) Pendant la guerre, le décret du 9 Septembre 1914 a restreint l'application de l'art. 65 de la loi de 1905 et admis que la communication du dossier n'était obligatoire que là où elle était *possible*. Le Conseil d'Etat vérifie si en fait cette communication eut été possible. (Martin 11 Mai 1917, Payot 23 Février 1923, etc...)

B) Une règle jurisprudentielle édictée par le Conseil d'Etat en vertu d'un pouvoir discrétionnaire que la loi elle-même ne suffit pas toujours à abolir, écarte l'application de la loi de 1905 dans les cas où il y a eu grève, cessation concertée du travail, dans un service public.

Le plus souvent cette grève constitue un fait notoire, les requérants ne la contestent point. Le Conseil d'Etat dans ses arrêts, Winckell et autres du 7 Août 1909 n'a pour ainsi dire pas eu à examiner les faits incontestés se rapportant à la grève des P. T. T. ; il n'a pas considéré celle-ci en particulier, mais a envisagé abstraitement la *grève dans les services publics*, et il a édicté une règle aussi générale que la loi elle-même, fondée non sur des principes juridiques (les tentatives faites pour justifier juridiquement la jurisprudence de l'arrêt Winckell ne sont guère convaincantes, il faut bien l'avouer), mais sur les nécessités pratiques impérieuses de la vie administrative. Il a ainsi affirmé dans toute son étendue, pour le consommer en un seul acte, le pouvoir discrétionnaire du juge chargé d'appliquer la loi la plus précise.

Si l'affirmation de cette règle de droit n'a pas nécessité un examen de faits particuliers, il n'en a pas été de même pour son application.

Les requérants ont parfois contesté leur participation à la grève. Il a fallu constater l'absence du fonctionnaire et ses motifs, les apprécier eu égard aux circonstances, dire si le requérant ayant fait grève était bien déchu du bénéfice de la loi de 1905. Le Conseil d'Etat ne s'est jamais refusé à procéder à cet examen (6 Août 1910 Porte, Flandin 1^{er} Mars 1912, Comboulou, Mondot, Giraud).

C) L'obtention du même résultat pratique, le renvoi d'un fonctionnaire par exemple, sera soumis à des conditions de formes différentes, suivant qu'il sera produit par tel ou tel

acte juridique : mise à la retraite, révocation, suppression d'emploi. De là chez l'Administration une tendance naturelle à choisir l'acte assujéti à la procédure la plus simple. Mais son choix n'est pas libre : le juge s'attache ici au caractère véritable, à l'intention réelle de la mesure prise. L'Administration, pour les déterminer, n'a aucun pouvoir discrétionnaire : là où le renvoi de l'employé présente un caractère disciplinaire, elle est toujours obligée de lui communiquer son dossier, etc.. Le Conseil d'Etat contrôle le caractère véritable de la mesure prise : recherche par exemple s'il ne s'agit pas de révocation déguisée.

a) A propos de suppression d'emploi : Cne d'Auzay 3 Avril 1907 (les raisons d'économie alléguées sont sérieuses, il a d'ailleurs fallu recourir à des impositions extraordinaires, note l'arrêt) ; Ramoin 22 Mai 1914, « Considérant qu'il résulte de l'instruction que la mesure qui a frappé le sieur R... doit dans les circonstances où elle a été prise, être regardée comme une véritable révocation » ; Id. Ville d'Avray, même date, (la ville prétendait qu'il s'agissait d'une réorganisation de service), Chambellan 10 Janvier 1913, Petrolacci 24 Décembre 1920, Vesque 30 Novembre 1927, (« dans ces circonstances » la suppression d'emploi n'a pas le caractère d'une révocation déguisée).

b) La mise à la retraite, habituellement, n'est astreinte à aucune formalité. Mais l'Administration doit remplir des formalités si elle a entendu en réalité prendre une sanction ; les arrêts constatent le caractère véritable de la mesure prise. (Ledochowski 19 Juin 1903, Martin 28 Janvier 1916, Donarch 19 Mars 1926, Bellan 8 Avril 1927, Nicaise 5 Août 1927, Brun 1^{er} Août 1928). « Que dès lors le requérant qui n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'Etat le degré, ni le caractère de son invalidité, n'est pas fondé à soutenir, alors qu'il n'établit pas que sa mise à la retraite constitue une révocation déguisée, que l'arrêté attaqué est entaché d'excès de pouvoir » (Chabert 26 Décembre 1928).

c) Il vérifie encore le caractère véritable, d'un déplacement réellement justifié par des raisons de service, (Richard 13 Février 1924) ou prononcé (Lalanne 26 Janvier 1912) dans

le seul intérêt de la hiérarchie ou, au contraire, à titre disciplinaire (Philipp, 9 Février 1912), (voir aussi à propos d'une retenue de traitement Faci 19 Novembre 1926).

108. Des tentatives faites par l'Administration pour masquer le caractère disciplinaire d'une mesure, on peut rapprocher sa volonté de dissimuler une atteinte à la propriété privée, afin de la faire échapper au régime si onéreux de l'expropriation pour cause d'utilité publique. En traçant, d'une certaine manière ses plans d'alignement, en refusant un permis de bâtir, en accroissant les servitudes de reculement, l'Administration voudra parvenir, indirectement mais sans frais, à une expropriation véritable.

La défense de la propriété privée a ici les mêmes exigences que celles du statut des fonctionnaires : le Conseil d'Etat examinera si, en fait, la servitude de reculement n'atteint pas l'immeuble considéré trop profondément, si le permis de bâtir n'est pas abusivement refusé : Bellamy 27 Mai 1884, Chassaing 3 Mars 1905, Moreau 12 Mai 1911 (une rue est véritablement affectée à la circulation publique), Artigue 2 Juillet 1915, « Considérant que les requérants n'apportent aucune preuve à l'appui de leurs allégations, qu'il résulte au contraire de l'instruction que l'alignement nouveau se justifie par l'intérêt de viabilité, qu'il a eu, en effet, pour résultat de rectifier les irrégularités de la traverse en la ramenant à une largeur sensiblement uniforme sur tous les points de son parcours. »

Des arrêts du 26 Janvier 1927 (Machat) du 8 Février 1928 rifient si l'alignement prescrit atteint l'immeuble considéré sur (Lescorniez) rendus sur des recours pour excès de pouvoir, vé- une trop grande profondeur. Un arrêt Memieux du 15 Décembre 1926 constate que l'opération de voirie projetée rendrait malaisée, sinon impossible, l'utilisation d'une maison dans sa destination actuelle, et que ce résultat ne pouvant être atteint par l'établissement d'une servitude de reculement, il y a lieu à expropriation. (Voir encore Vergnes 24 Juillet 1908, Crevel 3 Mai 1918, Gille 11 Avril 1919, Clamecy 12 Février 1919, et la note au *Lebon* : « La détermination du moment où il faut substituer l'expropriation à l'alignement est une affaire de circonstance » ; et à propos d'alignement individuel, 3 Juillet 1903 Fremond).

Dans toute cette jurisprudence « le Conseil d'Etat en appréciant la réclamation des propriétaires, a eu le souci beaucoup moins de dire le droit que de se montrer modérateur des pouvoirs administratifs. Ici, comme en d'autres circonstances, le Haut Tribunal ne fixe pas la règle immuable permettant d'indiquer, d'une façon générale, dans quels cas la procédure du plan d'alignement pourra être employée, et dans quel cas il faudra recourir à la procédure de l'expropriation. Le Conseil se décide d'après les circonstances de la cause, et ne cherche pas son critérium dans un fait unique, mais dans un ensemble de considérations qui lui laissent une certaine liberté d'appréciation. » (BIDAUX p. 57 et suiv.)

109. On parle souvent, à propos de tous ces litiges, de détournement de pouvoir. Encore qu'il ne soit pas impossible d'analyser ainsi le contrôle du Conseil d'Etat, nous croyons qu'il faut y voir avant tout la sanction d'une violation de la loi. Celle-ci définissait précisément un certain acte (révocation, expropriation, etc...) et en subordonnait l'accomplissement à des conditions de formes.

Si cet acte est cependant accompli, sans l'observation de ces conditions, la loi est violée. Or c'est ce qui se produit à peu près toutes les fois où il y a *déguisement*, fausse qualification de l'acte. Ce déguisement a toujours un but pratique : travestir la mesure véritable pour la soumettre à des règles moins strictes. Mais ce que doit retenir le juge qui veut assurer le respect de la légalité, c'est évidemment l'acte réel, et non l'acte fictif.

Sans doute on peut dire que ce déguisement constitue un détournement de pouvoir, mais c'est dans le sens ou ce dernier vice accompagne toute illégalité : on tente toujours de détourner un pouvoir de sa destination là où on accomplit un acte prohibé par la loi ; mais on n'accomplit pas, nous l'avons vu, un acte prohibé par une règle de droit précise toutes les fois qu'on détourne un pouvoir de l'usage réputé normal. Il faut donc dire pour conserver au détournement de pouvoir un sens propre (celui dans lequel l'entend la jurisprudence) qu'il ne doit pas être retenu là où il y a en même temps illégalité. Et dans les espèces que nous venons de voir, il y a, avant tout, illé-

galité puisque l'acte réellement accompli, le seul qui compte, n'observe pas la procédure qui lui est imposée.

110. La violation de la loi se distingue encore plus nettement du détournement de pouvoir là où la réalisation de certains faits est la condition sans laquelle *aucune* Administration n'a le pouvoir d'accomplir l'acte critiqué : le Conseil d'Etat vérifie l'existence des faits rendant la mesure possible.

a) Le pouvoir de *réglementer un cours d'eau* dépend de son caractère navigable et flottable. Le Conseil d'Etat vérifie si ce caractère existe et n'a pas été invoqué à tort. (Cochet 20 Juillet 1927, Mesnard 26 Décembre 1929, et Lherondel 13 Janvier 1913 : un bras d'eau constitue-t-il une dépendance d'un canal).

b) Dans des arrêts Bonfanti du 2 Juillet 1909, Ville de Lyon du 9 Février 1900, le Conseil d'Etat recherche si l'installation du requérant sur la voie publique est suffisamment importante pour réaliser une *modification de la voirie*, modification dont dépend le droit, pour la commune, d'exiger une redevance.

c) Un arrêt du 8 Février 1918 (Prader) constate qu'un candidat nommé à la *maitrise d'artillerie* (emploi auquel des candidats spécialisés peuvent seuls être nommés) possède les connaissances requises, et qu'il s'est présenté à un examen où il a obtenu la note « Bon ».

d) Dans un arrêt du 2 Décembre 1910, (Néron) le Conseil d'Etat se reconnaît compétent à propos d'un *remplacement de médecin*, pour vérifier l'absence d'esprit de retour de l'ancien médecin, et l'existence d'une épidémie (ce sont les conditions auxquelles la loi du 30 Novembre 1892 art. 6 subordonne la possibilité d'autoriser un étudiant n'ayant pas entièrement achevé ses études, à exercer).

e) Dans le contentieux des *réquisitions militaires* presque entièrement réservé aux tribunaux judiciaires, un des rares arrêts rendus sur un recours pour excès de pouvoir (Blanchard du 11 Mai 1923) constate qu'il résulte de l'instruction que la jument réquisitionnée n'était ni notoirement consacrée à la reproduction, ni en état de gestation apparente (dans l'un et

l'autre cas, il ne peut, en effet, aux termes de l'art. 40 de la loi de 1877, y avoir réquisition).

f) Pour que le maire puisse inscrire une femme sur le registre des *filles soumises*, il faut qu'elle se livre à la prostitution. Le Conseil d'Etat s'est toujours reconnu compétent pour vérifier la réalité des faits invoqués par l'autorité municipale : Malaval 8 Janvier 1909, (la requérante contestait sa qualité de prostituée) Dem. Rachel Cohen 14 Janvier 1916, Dame Selle 23 Janvier 1918. « Au fond considérant qu'il résulte précisément du dossier que dans les circonstances où il a été pris, l'arrêté du maire de la ville de Montpellier a fait une exacte application du règlement municipal du 27 Juillet 1890, dont la légalité n'a pas été contestée. »

B) Tout de même qu'il vérifie l'accomplissement des conditions de fait qui engendrent pour l'Administration un certain pouvoir, le Conseil d'Etat s'assure que les *limites* de ces pouvoirs n'ont pas été *dépassées*.

Aux termes de l'art. 2 du décret du 23 Prairial an XII, une certaine distance doit exister entre l'enceinte d'un *cimetière* et les limites de l'agglomération formant un bourg ou un village. Le *Répertoire Administratif Becquet* note déjà, au mot Sépulture, que le Conseil d'Etat vérifie si l'agglomération est suffisamment importante pour pouvoir être qualifiée de bourg ou de village (22 Avril 1904, Malveret), s'il y a vraiment 35 mètres entre la limite du cimetière et celle des maisons agglomérées (13 Novembre 1835, ville de Marseille, 21 Janvier 1869 Lemoine) ; voir aussi 28 Juillet 1905, Allègre : (« Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du plan joint au dossier, que le cimetière est à plus de 35 mètres de l'agglomération du Canet, que le seul bâtiment qui se trouve à une distance moindre est une bergerie ; que si le jardin du sieur A... clos de mur et attenant à son habitation sera contigu au mur du cimetière, cette habitation elle-même est isolée, et ne fait pas partie de l'agglomération du Canet.. »), Delle Laforge 26 Juillet 1912 et Commune d'Antony 26 Janvier 1912, Foret 4 Juillet 1924, William Laroux 13 Juillet 1925. Par contre, la translation d'un cimetière du moment où elle laisse subsister la distance de 35 mètres, ne peut être discutée devant le Conseil d'Etat (Lefranc 14 Décembre 1894, Saint-Amand 10 Mai

1899) et il en sera de même pour le refus de transférer un cimetière, (Poissy 24 Novembre 1916, l'arrêt parle « d'inexacte appréciation des faits qui n'est pas de nature à être discutée par la voie contentieuse » comp. ci-dessus p. 181).

111. Le Conseil d'Etat a aussi, de très bonne heure, procédé à l'examen du fait dans les litiges relatifs à la délimitation du domaine public et au sectionnement électoral, litiges transplantés du contentieux de pleine juridiction, sur le terrain du recours pour excès de pouvoir, grâce à l'atténuation de la fin de non recevoir tiré du recours parallèle.

L'origine de ces questions détachées du contentieux électoral ou du contentieux de la répression où la Haute Juridiction avait déjà coutume de les examiner au fond, a favorisé l'extension des pouvoirs que le Conseil d'Etat s'est reconnu, à leur sujet, dans le contentieux d'annulation. Dès que la recevabilité du recours a été admise, l'examen du fond a toujours été pratiqué à une époque où il ne l'était guère en d'autres matières.

Il eut été, en effet, vraiment paradoxal que l'atténuation de la fin de non recevoir tirée du recours parallèle, dictée par une pensée de bienveillance à l'égard du requérant, se traduisit par un résultat pratique défavorable pour lui, à savoir le rejet au fond, par suite d'une homologation pure et simple des appréciations de faits administratives.

L'examen du fait par le Conseil d'Etat a donc très certainement été à l'origine une manifestation de l'influence, sur la jurisprudence, des distinctions de procédure : (voir ci-dessous chap. XII) : elles se sont survécues à elles-mêmes, les pouvoirs du juge de pleine juridiction ont accompagné certaines matières sur le terrain du recours pour excès de pouvoir.

Dès le 27 Mai 1863, un arrêt Drillet de Langoin annule une *délimitation* inexacte en fait du *domaine public* (1). Idem Coi-

(1) Dans ses conclusions, sous cet arrêt, M. le Commissaire du Gouvernement L'HOPITAL, soulignait d'ailleurs les raisons politiques qui commandent un examen juridictionnel.

« Le pouvoir de délimitation, exercé avec peu de mesure, pourrait atteindre la propriété privée elle-même, et il la menace toujours aux yeux du moins de beaucoup d'hommes, même de science et de valeur, mais trop peu versés dans notre jurisprudence ». « Nous avons dit tout à l'heure, pourquoi en cette matière, plus qu'en toute autre, nous

caud 13 Janvier 1866, Zimmerman 11 Mars 1898, 1^{er} Février 1901 Nollet).

En 1903 (commune de Bassat 24 Juillet, Chabot 7 Août) le Conseil d'Etat admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre des sectionnements électoraux. Un arrêt St Jean de Belleville (8 Mars 1912) constate qu'en fait il y avait bien quatre agglomérations distinctes, de même (Charreyre Viallate 28 Décembre 1927) : qu'il y avait bien des agglomérations distinctes et séparées, *et* qu'elles répondaient à la disposition naturelle des lieux.

Inversement des arrêts (Desombes 24 Décembre 1915, Bertrand 1^{er} Décembre 1926, Viallatte 18 Août 1923, etc...) annulent les sectionnements faits là où il n'y a pas d'agglomération distincte (1).

Voir aussi : 24 Juillet 1903 Bassat et 25 Mars 1904 Bastin, sur le point de savoir si l'enquête prescrite a été assez longue.

Si le Conseil d'Etat recherche ainsi la possibilité d'établir des sections, il se refuse à dire s'il y avait lieu d'user de cette possibilité, d'établir quatre sections distinctes (Saint Jean de Belleville précité), car c'est là une « question d'opportunité. » (Comparer pour cette distinction 25 Mars 1904, Cnes de Saint-Sulpice, de Saint-Barthélemy).

Toutefois, cette exception d'opportunité n'empêche pas le Conseil d'Etat de rechercher l'intention qui a présidé au sectionnement. (Rousseau 10 Mars 1911, régularité d'un sectionnement fait en vue d'assurer la représentation distincte de chaque section ; d'une délimitation des circonscriptions faite dans un intérêt général et non particulier, Couillaud 22 Mars 1912, Morsang-sur-Orge 6 Août 1912).

112. On peut rapprocher de cette jurisprudence où le recours de plein contentieux déteint en quelque sorte sur le recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence relative aux

attachons un grand prix à l'exercice par l'Empereur en son Conseil du pouvoir régulateur que lui confère la loi du 7-14 Octobre 1790 ».

(1) Cette jurisprudence trouve d'ailleurs ses précédents non seulement dans le contentieux de pleine juridiction, mais encore dans les avis du Conseil d'Etat consulté en tant qu'organe administratif, sur des projets de sectionnement. (MORGAND I, p. 133).

déchéances de concession et aux changements de nom :

a) Depuis longtemps le Conseil d'Etat exerce un contrôle très strict sur les faits invoqués par l'Administration pour prononcer la déchéance d'une *concession* soumise à la loi de 1810 : Cie Saint-Germain d'Alais 13 Janvier 1905 « Considérant que l'abandon prolongé de la mine de.... serait de nature à porter atteinte aux intérêts que les lois ont entendu sauvegarder, mais qu'il résulte de l'instruction que ce gisement n'était pas susceptible de donner lieu à une exploitation utile avant la mise en service de la ligne A à B., encore inachevée, quand le retrait de la concession a été prononcé. Quel travaux d'aménagement de cette concession n'ont été interrompus en 1873, qu'à la suite de l'envahissement brusque des puits de garage par des eaux venues en *telle* abondance des couches supérieures que l'épuisement a été reconnu pratiquement impossible à l'aide des moyens dont on disposait à cette époque ; qu'à la vérité, il existe actuellement des procédés permettant de remettre en état les exploitations même envahies par les eaux, mais qu'ils étaient d'invention *trop récente* pour que la Cie ait été en faute de ne pas en avoir encore fait l'application, lorsque la concession lui a été retirée. Considérant que dans ces circonstances la compagnie justifie le cas d'empêchement qui doit être admis comme constituant pour elle une excuse légitime, »

La note du *Lebon* rappelle que le retrait d'une concession est une *dérogation au droit de propriété* qu'il y a donc lieu d'interpréter restrictivement les cas qui peuvent le fonder. (V. aussi Giron 28 Juillet 1852, 10 Avril 1908, Sté Anonyme des Mines de Houilles).

Ces arrêts appartiennent au contentieux de pleine juridiction (l'art. 6 de la loi du 27 Avril 1838 prévoit un recours par la voie contentieuse). Mais le Conseil d'Etat se livre à des appréciations analogues là où en l'absence de tout texte spécial, le recours pour excès de pouvoir est seul concevable (1).

(1) On ne saurait à notre sens, objecter qu'il ne peut y avoir recours pour excès de pouvoir parce que le droit invoqué est d'origine contractuelle ; si le requérant est un concessionnaire, ce qu'il invoque (voir surtout paragr. c) ce n'est pas la violation de son contrat, mais celle de textes législatifs ou réglementaires. Dès lors, il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir. (Grandes Compagnies, 6 Décembre 1907).

b) A propos de la *déchéance* d'une concession de *chemin de fer d'intérêt local* Ch. de fer de l'Yonne, 7 Décembre 1928 : (la requérante n'établit pas que dans les circonstances de l'affaire, la cessation de son service a eu pour cause une faute du département : elle n'établit pas davantage le détournement de pouvoir) et à propos d'un *rachat* : Cie des Tramways à Vapeur de Challans à Fromentine, 8 février 1918, (l'arrêt constate qu'il n'y a pas eu de détournement de pouvoir, les pièces du dossier prouvant la nécessité et même l'urgence d'un rachat étant donné les difficultés de l'exploitation).

c) Très souvent aux colonies, le législateur a prévu l'octroi de *concessions de terres* qui pourront être retirées en cas de non-exploitation ou de non-résidence (senatus consulte du 22 Avril 1863). En l'absence de tout texte prévoyant le recours au Conseil d'Etat, la voie du recours pour excès de pouvoir, recours de droit commun, est restée seule ouverte au requérant ; la Haute Juridiction examine s'il est exact que les terrains n'ont pas été exploités :

Ministre Intérieur et Godefroy 4 Août 1905 (l'arrêt constate que le concessionnaire ne s'est jamais installé, mais qu'il a apporté des améliorations importantes) Thoulouze, 14 Mai 1924, Lafon 4 Avril 1925, (il résulte des pièces du dossier que l'Administration n'a pas fait une inexacte appréciation des circonstances), Bonzat 2 Décembre 1925, Bellan 17 Février 1926.

Au sujet de la répartition des terres arch entre indigènes (loi du 16 Février 1897), le gouverneur général a un pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu de substituer le régime de la propriété privée à celui de la propriété commune, de procéder à un partage des terres (l'art 13 de la loi du 16 Février 1897 dit que le Gouvernement « statue » sur les demandes faites en ce sens) : « Considérant que le pouvoir ainsi conféré au gouverneur général n'a été limité par aucune disposition législative ou réglementaire, qu'en conséquence il lui appartient d'apprécier, à l'occasion, de chacune des demandes dont il est saisi, s'il est à la fois conforme aux intérêts public et particuliers en cause de substituer au régime de la propriété commune celui de la propriété privée. » (Zammeli, 16 Décembre 1921).

Mais une fois la répartition ordonnée, le gouverneur n'a

plus de pouvoir discrétionnaire, et le Conseil d'Etat contrôle le bien-fondé des actes accomplis.

Le requérant n'établit pas qu'il avait la qualité de possesseur de la parcelle, (Messaoud Tahar ben Mohammed, et Ghoral Haamar ben Ghorat, 3 Décembre 1928). Idem Dghab et Tifous Abdelkaden ben Djilloul, 12 Mai 1926, ben Hammon, 28 Mai 1924 (l'arrêt constate que le gouverneur général n'a pas fait une appréciation erronée des faits) Schwall 1^{er} Août 1928 (l'art. 8 du décret du 9 Septembre 1924 permet au gouverneur général de refuser son approbation à l'aliénation, s'il y a eu vice de forme violence ou collusion : « l'instruction montre qu'il y a eu des manœuvres dolosives »).

d) Le Conseil d'Etat contrôle aussi la possibilité d'un acte administratif dans la matière très spéciale des *changements de noms* lorsqu'il recherche si un particulier a des motifs suffisants pour s'opposer à l'attribution de son nom à une autre personne, (Consorts Loubet 25 Juillet 1924), s'il subirait véritablement un préjudice de ce fait (Levezon, 10 Juillet 1925). L'absence de préjudice fonde ici la possibilité pour le Gouvernement d'attribuer à un tiers le nom du requérant.

Encore que ce contentieux soit habituellement rattaché à la pleine juridiction, la généralité du recours pour excès de pouvoir nous paraît seule susceptible d'expliquer la compétence du Conseil d'Etat. L'art 7 de la loi du 11 Germinal, an XI ne prévoit en effet en cette matière que des oppositions *au Gouvernement*.

113. Dans tous les cas examinés jusqu'ici la loi ne définissait que les faits rendant *possible* un acte administratif. Mais souvent elle va plus loin encore, définit les faits qui rendent cet acte *obligatoire*. Aucune des questions soulevées ne relèvent plus alors en principe du pouvoir discrétionnaire. La compétence est liée au plus haut degré.

Le principe du contrôle juridictionnel des faits est ici le même. Le juge examine les faits dont dépend la naissance d'une obligation administrative, comme il examinait ceux dont dépend la naissance d'une faculté.

a) Dans certains cas les charges d'une ville sont déterminées par sa population. Le Conseil d'Etat vérifie le chiffre de

cette population, à propos de l'indemnité de logement d'un instituteur. (Massonie 7 Avril 1911) « Que les requérants n'établissent pas, et qu'il ne résulte pas de l'instruction, que ce soit par une fausse appréciation de l'état de fait que les habitants des faubourgs qu'ils indiquent n'ont pas été compris dans cette population » (Id. Cie de Bruges, 24 Juillet 1914). Sa compétence à cet effet subsiste même lorsque le recours est directement dirigé contre un décret se bornant à déclarer authentiques les résultats d'un dénombrement, (Mathon et Royet 3 Juillet 1914).

b) De nombreux règlements d'octroi prévoient, pour favoriser l'industrie locale, le bénéfice de l'admission à l'entrepôt pour les établissements industriels. Le Conseil d'Etat vérifie si une entreprise déterminée, à qui l'entrepôt a été refusé, présente véritablement un caractère industriel. (Cie Gle des Eaux, 10 Juin 1894 ; Cie du Métropolitain, 4 Août 1905 ; Cie des Tramways, 12 Mai 1905 ; Blanchisseries Mécaniques, 25 Février 1910 et 10 Juin 1910 ; Fouchart, 11 Mars 1925).

c) De même l'Administration est tenue de délivrer un brevet d'Invention pour tout produit original qui lui est présenté, à l'exception des produits pharmaceutiques. Le Conseil d'Etat recherche si les mélanges présentés pouvaient être employés autrement que pour la pharmacie (Lumière, 5 Juillet 1901, Litzelman, 5 Août 1901, Kalle, 30 Juillet 1909).

Il paraît bien s'agir ici d'un recours pour excès de pouvoir. La loi de 1790 est parfois visée et aucun texte ne prévoit l'existence d'un autre recours (voir *D. P.* 1880 3-21 et 1903-3-13).

d) L'Administration était tenue, avant la loi de 1919, de délivrer des congés de réforme N° 1 en raison d'infirmités contractées en service, le Conseil d'Etat vérifie leur origine (Bouduelle, 1^{er} Décembre 1899, Dessay, 13 Mai 1910).

e) Le contentieux des décorations montre bien la solidarité existant entre l'idée de compétence liée, et l'examen juridictionnel du fait.

Normalement, l'octroi d'une décoration est pour le Gouvernement une faculté dont le Conseil d'Etat n'apprécie pas l'usage : Un arrêt du 24 Juin 1925 (Dudevant), indique que la suite donnée par le ministre aux propositions pour le grade de chevalier de la Légion d'Honneur « résulte d'une appréciation

des titres qui n'est pas susceptible d'être soumise au Conseil d'Etat ». Idem. à propos de la médaille militaire (Perre, 12 Mai 1911, Klein 1^{er} Décembre 1911, Boulade, 15 Mai 1914, Ben Otman, 29 Mai 1914) ; et à propos d'un refus de citation à l'ordre du jour (décret du 23 Avril 1915, (Tirault, 5 Janvier 1924).

A lire le texte de certains de ces arrêts, on pourrait croire que la compétence du Conseil d'Etat est exclue par la nature même de l'acte attaqué, de la contestation soulevée (voir Ben Otman précité, Desrumeaux, 25 Octobre 1918, à propos de l'insigne des réformés) « Les moyens invoqués par le requérant et tirés d'une appréciation de l'origine, des conditions et de l'aggravation de son infirmité ne sont pas de nature à être soumis au Conseil d'Etat ». Idem pour l'insigne des blessés (22 Novembre 1918, Garrel, 26 Mars 1920 Petrucci).

Mais cette interprétation serait inexacte : M. ALIBERT a lui-même critiqué la rédaction de l'arrêt Desrumeaux, en indiquant que la circulaire invoquée par le requérant excluait tout pouvoir discrétionnaire de la part des autorités administratives ; les derniers arrêts cités ne sont sans doute que des arrêts d'espèce s'expliquant par le fait qu'une circulaire seule était invoquée, et qu'il y avait eu, d'autre part, examen des infirmités par une commission médicale.

Dans d'autres arrêts, là où les textes applicables faisaient de l'obtention d'une décoration la suite obligatoire de certains faits, le Conseil d'Etat n'hésite pas à vérifier la réalité de ces faits.

Si la loi du 29 Décembre 1923 prévoit, dans son art. 5, que des décorations *pourront* être accordées dans certains cas et si le Conseil d'Etat se refuse alors (Arnuff, 8 Décembre 1926) à discuter l'usage du pouvoir d'appréciation ainsi abandonné au ministre, l'article 1^{er} de la même loi indique que les aveugles de guerre *recevront* la Légion d'Honneur, et le Conseil d'Etat recherche s'il est prouvé que l'infirmité du requérant provient de l'accident survenu en service (Bonnefon, 3 Mars 1926. Belloin, 23 Novembre 1928, voir aussi Lacassagne, 4 Août 1927, Nayre, 30 Novembre 1928, à propos de la cause de la précédente décoration).

D'autres textes prévoient pour ceux qui ont pris part à certaines campagnes, la délivrance de la médaille commémorative. Le Conseil d'Etat vérifie le fait de la participation à

cette campagne (voir pour la campagne de 1870 : Pesth, 24 Juillet 1914, Rozes, 4 Mai 1917, pour la campagne du Maroc : Avenu, 4 Août 1913) (1).

114. La loi du 7 Juillet 1904 prévoit, dans son article premier, la suppression des *congrégations* autorisées, mais exclusivement *enseignantes* en fait. La fermeture aura lieu à la date fixée par l'arrêté ministériel de mise en demeure.

L'Administration est obligée d'ordonner la suppression, elle n'a plus ici aucun pouvoir discrétionnaire quant au fond de la mesure, mais elle a une liberté plus grande que de coutume pour le choix du moment : la fermeture doit avoir lieu dans un délai de dix ans. Personne ne peut donc l'exiger de l'Administration à un moment déterminé. Pratiquement l'Administration a donc conservé, pour l'accomplissement de son *obligation*, une liberté d'initiative analogue à celle qu'elle avait pour l'usage de ses *facultés* ; mais lorsqu'elle use de cette liberté d'initiative pour le choix de l'heure les administrés atteints par la décision prise contestent, et le Conseil d'Etat vérifie, l'existence de l'obligation administrative quant au fond.

Dans ses conclusions, sous un arrêt du 6 Avril 1906, (Sœurs de la Visitation de Sainte Marie), M. le Commissaire du Gouvernement TEISSIER déclare :

« Pour apprécier la validité des nombreux arrêtés de fermeture qui vous sont déférés, il y a toujours lieu d'examiner : 1) la situation légale de la congrégation en question, d'après son acte d'autorisation et ses statuts ; 2) sa situation de fait au 1^{er} Janvier 1903. »

En l'espèce, des certificats médicaux établissaient que certaines pensionnaires étaient atteintes de maladies ; l'arrêt rendu indique : « Qu'en fait il résulte de l'instruction que si au 1^{er} Janvier 1903 les Sœurs Visitandines de la rue Denfert donnaient encore l'enseignement, elles continuaient à recevoir, dans leur établissement, des dames ou demoiselles dans les conditions prévues par les statuts ».

(1) Une fois la décoration ou la citation donnée, le ministre ayant constitué un « droit acquis », ne saurait, sans le léser, retirer la citation donnée, même s'il y avait eu à l'origine une fausse appréciation (Berger, 14 Janvier 1925).

Voir aussi (*Lebon* p. 17), 23 Février 1906, Bénédictines de Notre Dame du Calvaire de Poitiers : le ministre contestait qu'il y eut en fait service hospitalier quelconque ; le Conseil d'Etat déclare « qu'en fait il résulte de l'instruction, que les Bénédictines continuaient à offrir un asile hospitalier dans les conditions prévues aux statuts. » Pour prouver l'inexactitude des allégations ministérielles, M. TEISSIER s'était référé aux certificats du contrôleur des contributions directes, établissant que quatorze dames pensionnaires se trouvaient alors au couvent.

Le ministre ayant prétendu dans une autre espèce (même date) qu'il y avait simple location en garni, que les pièces ne communiquaient pas avec les bâtiments religieux, le Commissaire du Gouvernement note qu'elles communiquent par des portes intérieures, qu'elles sont habitées par des dames âgées, la cuisine et le ménage étant assurés par des sœurs. (Voir aussi 28 Juin 1907, Sœurs Sainte Famille Marie-Thérèse).

Au contraire rejet de la requête, si les certificats ne prouvent pas l'existence d'un service hospitalier (Visitandines Sainte Marie à Nantes, 3 Août 1907, Cœur de Jésus de Quimper, 26 Novembre 1909. Rapprocher Congrégation des Sœurs Hospitalières de Lyon 22 Février 1918).

Dans un arrêt du 27 Mai 1910 (Congrégation des Filles de la Charité de Saint-Vincent de Paul) il s'agissait de savoir si l'enseignement ménager constituait un enseignement professionnel, certainement prohibé, ou une œuvre de bienfaisance à caractère hospitalier. Il y aura lieu à un « examen d'espèce » dit M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE pour voir ce qui domine, en fait, de l'enseignement ou de l'assistance.

Il importe cependant de préciser la portée de cette jurisprudence. Si l'application de la loi du 1^{er} Juillet 1904 est ainsi soumise à un contrôle très strict, il en va tout autrement pour l'art. 23 de la loi du 1^{er} Juillet 1901, aux termes duquel « la dissolution de la congrégation ou la fermeture de tout établissement pourront être prononcées par décret rendu en conseil des ministres. »

Dans un arrêt du 27 Mai 1910 (Franciscaines de St Chinain), on lit, en effet : « sur le moyen tiré de ce que le Président de la République fait de ses pouvoirs un usage autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés, qu'en conférant par cet

article (paragraphe 3, art. 13, de la loi du 1^{er} Juillet 1901), au Président de la République en conseil des ministres le droit de dissoudre ces congrégations (autorisées), le législateur a entendu ne subordonner le droit de dissolution à aucune condition, et laisser au Gouvernement le soin d'apprécier les circonstances exceptionnelles qui peuvent en motiver l'usage ». Le Conseil d'Etat se refuse, même dans ces conditions, à admettre la possibilité d'un détournement de pouvoir.

Ainsi la compétence liée de l'Administration pour la « suppression » des congrégations enseignantes coexiste avec sa liberté entière pour la « dissolution » de toutes les congrégations, liberté qui va jusqu'à exclure, non seulement le contrôle, mais encore la possibilité même d'un détournement de pouvoir. Celui-ci est inconcevable là où tous les motifs sont licites (c'est un des rares cas où survit la théorie de l'acte discrétionnaire). Mais si le Gouvernement peut, sans motifs, dissoudre toute congrégation, il ne peut fermer une congrégation non enseignante, en se fondant sur les textes qui l'obligent à supprimer les seules congrégations enseignantes.

Nous avons déjà rencontré, p. 184, une idée voisine dans les arrêts qui annulent, pour un motif inexistant, un acte qui rentre dans le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et pour laquelle celle-ci s'est crue, à tort, une compétence liée. Mais il faut ajouter qu'il s'agit ici d'actes juridiquement bien distincts ; la suppression d'une congrégation enseignante résulte d'un arrêté ministériel, la dissolution d'un décret pris en conseil des ministres. En sorte qu'ici le contrôle du Conseil d'Etat a non seulement pour effet d' « assurer un exercice normal du pouvoir discrétionnaire », mais encore d'obliger l'Administration à accomplir l'acte projeté suivant une certaine procédure. Peut être la congrégation n'y trouve-t-elle pas de *garantie* nouvelle, il n'y en a pas moins là une solennité qui met le Gouvernement en face de ses responsabilités.

115. Les définitions légales ou réglementaires étaient vraiment assez précises dans tous ces cas. Mais dans d'autres, la règle de droit se fait moins nette, commence à se rapprocher d'une directive.

a) La loi du 19 Juillet 1889 (art. 4 et 48) oblige les communes à assurer aux *instituteurs* un logement *suffisant*. Le Conseil

d'Etat se reconnaît depuis longtemps compétent pour vérifier si le logement fourni est vraiment suffisant. (Cne Thenne 22 Mai 1914, Sauval Pasheres 8 Août 1921) (rapprocher un arrêt Donnezac 31 Mai 1918, qui constate qu'il résulte de l'instruction que le *chauffage* de la classe, pendant l'hiver, de 1912 à 1913 a été *insuffisant* — la commune contestait ce point de fait).

Le terme légal n'est évidemment pas d'une absolue précision et il laisse place à des appréciations divergentes. Le Conseil d'Etat n'a cependant pas hésité à assumer la part de pouvoir discrétionnaire ainsi laissée à l'autorité exécutive, et à examiner au fond les litiges relatifs à la question du logement des instituteurs.

Il est certain que cette attitude s'explique en partie par des circonstances passagères qui risquaient de subordonner le choix des logements d'instituteurs aux opinions politiques et religieuses de la municipalité et du préfet, de mettre aux prises cléricaux et laïques. C'est parce que, dans ces conditions, l'examen du fait risquait de n'être fait objectivement par personne que le Conseil d'Etat s'est décidé à se saisir du fond du litige.

Il s'est au contraire récusé là où les mêmes préoccupations ne se faisaient pas jour. Dans un arrêt du 18 Mai 1925 (Pamiers), à propos d'une indemnité de logement en espèces, le Conseil d'Etat constate que la loi du 30 Avril 1921, art. 69, prévoit une indemnité comprise entre 250 et 500 francs, mais il ajoute que « l'appréciation des faits » qui importent pour la fixation par le préfet de l'indemnité dans les limites ci-dessus indiquées, ne peut être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir ; (voir aussi : 23 Janvier 1924 Bellocq) ; rapprocher : Ville de Strasbourg, 19 Décembre 1926 (à propos de l'indemnité allouée sous le régime concordataire à un curé — même incompétence du juge).

b) Dans une autre question où les mêmes animosités politiques et religieuses étaient en jeu, l'intervention du Conseil d'Etat a été plus énergique encore.

La loi du 2 Janvier 1907 indique que le préfet doit approuver la location du *presbytère*. Le Conseil d'Etat a toujours décidé que cette approbation ne pouvait être refusée que dans le cas de subvention déguisée au culte.

Il est assez vraisemblable que telle a été la pensée du légis-

lateur ; néanmoins, il ne l'a pas exprimée et le Conseil d'Etat se refuse généralement, nous l'avons vu, à ajouter une définition quelconque des faits à considérer, lorsque la loi n'en comporte point (1). S'il a délimité ici les pouvoirs administratifs non plus seulement négativement comme dans la théorie du détournement de pouvoir, mais encore positivement en définissant directement le but de ses pouvoirs, n'a-t-il pas agi ainsi parce qu'il jugeait nécessaire d'assurer l'unité et la mesure de la politique religieuse de l'Etat, en un moment où des excès locaux n'étaient que trop à craindre ?

En liant l'autorité exécutive, il a dû laisser subsister cependant un certain « jeu », un minimum de pouvoir discrétionnaire. Où commence la subvention et où finit l'opération commerciale ? C'est là une question complexe dont la solution dépendant de multiples considérations locales, ne sera souvent pas incontestable.

Chaque fois que cette question a été soumise au Conseil d'Etat, il s'est attribué pour l'examiner le pouvoir discrétionnaire qu'il n'avait pu supprimer, considérant sans doute que l'infériorité de son information était compensée par son impartialité et son autorité plus grandes. On lit ainsi dans un arrêt du 2 Août 1912 (Saint Thibault) : « Qu'il résulte de l'instruction que la location du presbytère au prix fixé par le conseil municipal de Saint-Thibault, constituait dans les circonstances de l'affaire une subvention pour l'exercice du culte prohibée par l'art. 2 de la loi du 9 Décembre 1905, et l'art. 1^{er} de la loi du 2 Janvier 1907 ; qu'ainsi le préfet de la Côte d'Or en refusant d'approuver la délibération du conseil municipal n'a pas excédé ses pouvoirs. » Voir aussi Cne de Fleury du 15 Novembre 1912, de Chambon 28 Décembre 1913, Bellissard 12 Mars 1915 : « Que si antérieurement à cette délibération, le prix de location avait été fixé à 150 fr., il est constant que la réduction consentie par le conseil municipal a été motivée par la transformation forcée de la moitié de l'immeuble en bureau, et que les réparations

(1) Comparer un arrêt du 5 Juillet 1929 (Ministre du Travail) qui permet à l'Administration, *malgré* le silence des art. 154 et suivants du Code du Travail, de fixer un maximum aux visites du délégué mineur : il s'agissait de limiter les charges financières des compagnies exploitantes.

effectuées dans les parties conservées pour l'habitation n'ont pas eu pour effet d'élever leur valeur locative réelle à un chiffre supérieur à celui qui a été fixé par la délibération précitée. »

c) De même un arrêt du 24 Décembre 1926 (Empereur) constate qu'étant donné le danger de ruine présenté par l'église, la municipalité a pu, sans accorder une subvention au culte, voter un crédit pour la *réparation* de l'édifice.

Ces dernières espèces nous font assister à une sorte de dégradation de la compétence liée. La définition des faits existe encore, elle voudrait sans doute être précise, mais n'y parvient guère ; pour l'appliquer à une espèce concrète, il faut la compléter, la marge du pouvoir discrétionnaire va croissant.

Ainsi se manifeste l'impossibilité de délimitations certaines entre les différentes sortes d'activité exécutive, les différents degrés de liberté. On passe insensiblement de l'un à l'autre. Les trois types que nous avons distingués sont des types abstraits qui, dans la réalité, s'estompent plus ou moins.

CHAPITRE IX

LA LOI DIRECTIVE — LES DÉFINITIONS VAGUES

I. — Les Textes Spéciaux

116. Les règles de droit qui ne contiennent qu'une définition vague des faits à considérer et ne donnent qu'une *directive*, constituent un type intermédiaire entre la définition précise, la compétence liée d'une part, et l'absence de définition des faits, le pouvoir discrétionnaire d'autre part.

Lorsque de telles règles sont en jeu la situation du juge est, nous l'avons dit, particulièrement délicate. S'il n'apprécie pas lui-même les faits, il risque de laisser méconnaître l'intention vague, mais réelle, du législateur ; s'il les apprécie, au contraire, il assume l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire très étendu. Et son choix entre ces deux partis a d'autant plus d'importance que le nombre de lois directives va sans cesse croissant en droit public (ci-dessus p. 50). En fait c'est surtout là où des définitions vagues étaient en cause que la jurisprudence du Conseil d'Etat a varié sur la question de l'examen du fait. Celui-ci était, nous l'avons vu, depuis longtemps admis lors qu'il y avait vraiment compétence liée, la Haute Juridiction ne le pratiquait pas souvent, parce que la violation de la loi, pour être invoquable, devait s'accompagner d'une atteinte à un droit acquis, mais là où le recours était recevable, le Conseil d'Etat avait reconnu, déjà sous le Second Empire, (quelques-uns des arrêts cités au chap. précédent datent de cette époque), qu'il devait examiner les faits pour pouvoir juger la légalité. Il se

récusait au contraire quand il y avait application d'une directive comme celle de l'ordre public, et son changement d'attitude dans cette question constitue, avec l'élargissement du détournement de pouvoir, le fait essentiel des premières années du xx^e siècle dans notre matière.

Il s'en faut cependant qu'aujourd'hui même la jurisprudence obéisse à un principe unique, qu'on puisse dire par exemple : « l'existence d'une directive légale emporte toujours l'examen juridictionnel des faits ». La solution adoptée n'est pas la même pour toutes les directives.

117. Dans beaucoup de cas le Conseil d'Etat respecte encore le pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

a) La loi du 22 Juillet 1923, art. 2, sur le *reclassement* des fonctionnaires Alsaciens-Lorrains, a chargé le Président de la République « de procéder par décret, les intéressés entendus » à leur reclassement dans les grades et classes du cadre général *correspondant* aux emplois détenus par eux dans le cadre local. La loi donne ici, elle-même, une définition de la situation qui doit appeler une affectation déterminée dans le cadre général : il faut l'occupation d'un emploi correspondant dans le cadre local.

Prétendra-t-on que cette correspondance n'étant pas à son tour définie par la loi, est susceptible d'appréciations divergentes ? Le Conseil d'Etat contrôle cependant les appréciations administratives dans des cas où les faits et les rapports à établir entre eux sont encore moins définis. Il est plus délicat de dire si une manifestation menace l'ordre public, si une construction projetée altèrera l'esthétique d'une perspective, que de dire si un emploi correspond à un autre. Dans ce dernier cas, aucune prévision n'est nécessaire, il n'y a guère d'autre politique à avoir que celle d'un examen attentif des circonstances.

Le Conseil d'Etat refuse cependant d'y procéder, mais il ne manque pas de noter, dans ses arrêts, que la loi prescrivait une consultation, et que son exigence a été satisfaite. En présence de vœux probablement souvent contraires, de contingences locales, etc... il a pensé que l'Administration informée par les intéressés et n'ayant pas de raisons d'être partielle,

était pratiquement la mieux placée. Il s'est effacé devant un meilleur juge :

Beaumont 30 Novembre 1928 : « Il appartient au Président de la République, par application des articles 1^{er} et 2 de la loi du 22 Juillet 1923, d'apprécier si le requérant devait être reclassé dans le cadre général avec le grade de rédacteur ou celui de chef d'atelier. » Stambach Baumann 22 Juin 1928 : « Investi des pouvoirs les plus étendus, le Président de la République devait apprécier si, en l'espèce, en raison de l'importance des services rendus, les requérants devaient être reclassés comme rédacteurs ou sous-chefs de bureau. » (Ces arrêts constatent d'ailleurs qu'aucun détournement de pouvoir n'a été commis).

b) La même incompétence se retrouve à plus forte raison là où aucun texte ne régit le reclassement. (Ottoz Lelong 18 Mars 1927 : l'opportunité d'une *assimilation* de deux fonctions par décret n'est pas discutable devant le Conseil d'Etat).

c) Dans un arrêt du 23 Juin 1922 (Guillou), le Conseil d'Etat décide que les textes autorisant le Gouvernement à *titulariser* des officiers de réserve « présentant des titres exceptionnels » ne donnent pas compétence à la Haute Juridiction pour apprécier si les titres produits sont vraiment exceptionnels.

d) Dans un arrêt du 27 Mai 1925 (Fédération des agents et techniciens des chemins de fer), les requérants attaquaient un décret qui, par application de la loi du 23 Avril 1919, avait fixé la durée du service à plus de huit heures en considérant leur travail comme un *travail intermittent* ; le Conseil d'Etat déclare que l'appréciation, faite par le décret, de la catégorie d'agents dont le travail est essentiellement intermittent, ainsi que la fixation de la durée du service pour ces agents, ne sont pas susceptibles d'être discutées devant le Conseil d'Etat.

e) Il se refuse aussi (Laboue 23 Novembre 1917), à dire si l'offre du requérant, voulant acheter un immeuble départemental (art. 46 de la loi du 10 Août 1871) était réellement plus *avantageuse* que celle qui a été acceptée ; il n'y aurait pas là, dit l'arrêt, violation d'une loi ou d'un règlement.

f) De même encore pour la répartition de subventions (Dt Haute-Savoie, 12 Août 1924) : Aux termes de l'art. 38 de la loi

du 2 Août 1918, les crédits *nécessaires au fonctionnement* de chaque établissement, et à l'attribution des bourses, sont fixés par arrêté ministériel. « Cette disposition législative, dit le Conseil d'Etat, n'impose pas au Ministre de l'Agriculture l'obligation de fixer des crédits égaux aux dépenses réelles exposées par les collectivités intéressées ; il lui appartient au contraire, ainsi qu'il résulte des termes de l'article susvisé, de déterminer souverainement, chaque année, les dépenses normales qu'il estime devoir accueillir en justification des crédits. »

g) Aux termes des art. 18 de la loi du 1^{er} Juillet 1907, et 6 du décret du 16 Août 1901, les *membres des congrégations* dissoutes reçoivent sur l'actif de celles-ci une certaine somme lorsqu'ils n'ont pas de *moyens d'existence assurés* ou lorsqu'ils « justifient avoir *contribué à l'acquisition* de ces valeurs par le produit de leur travail personnel. » Les appréciations du ministre sur tous ces points ne peuvent être discutées devant le Conseil d'Etat (Bernot 29 Décembre 1920).

h) Le Conseil d'Etat ne vérifie pas si le nombre de sangliers était *suffisant* pour légitimer *l'organisation d'une battue* (arrêté du 19 Pluviose an V) (arrêt Dayre 5 Avril 1921).

Ces différentes espèces ont, semble-t-il, les traits communs suivants : la directive légale n'y est énoncée que dans l'intérêt de l'Administration elle-même (offre la plus avantageuse, subvention nécessaire) ou d'un fonctionnaire (emploi correspondant). Cette indication est la seule que le requérant puisse invoquer car le pouvoir administratif ne se heurte pas, non plus, à un droit individuel consacré par un autre texte : le litige reste intérieur à l'Administration, n'étend pas le domaine de son activité, ne réduit pas les droits privés, l'acte critiqué ne sort pas de l'appareil étatique (1).

118. Mais parfois la situation est toute différente : l'Admi-

(1) Ceci n'est plus tout à fait exact pour les congréganistes. Il faut sans doute, pour expliquer l'arrêt Bernot, faire intervenir l'idée qu'il ne s'agit pas d'un propriétaire mais du bénéficiaire éventuel de la répartition d'un patrimoine qui n'a jamais été le sien.

La loi elle-même oppose sa situation à celle du congréganiste qui, en entrant dans les ordres, avait *apporté* certains biens : ils lui sont restitués à la dissolution.

nistration veut étendre son activité, reculer au détriment des citoyens la limite qui sépare leur zone d'action de celle de l'Etat. Ce n'est plus l'aménagement interne du secteur administratif, c'est sa surface même qui constitue l'objet du débat.

L'Administration et le particulier discutent bien ici le sens d'une même directive. Mais d'autres textes sont encore invoquables : ce sont ceux qui consacrent, en termes généraux, des droits individuels, vis-à-vis desquels les droits de police de l'Etat doivent demeurer une exception. Pour le droit positif français, ces droits individuels sont contenus dans des lois de l'époque révolutionnaire, auxquels il faut ajouter pour la liberté religieuse la loi de 1905, et pour le droit de propriété l'art. 544 du Code Civil.

L'acte administratif irrégulier « viole la norme juridique formée par la combinaison d'un texte déclaratif des droits individuels, et de la loi qui attribue à l'Administration, comme autant d'exceptions au texte précédent, des pouvoirs lui permettant d'empiéter dans tel ou tel cas, sur la sphère de l'autonomie individuelle » (GEORGIN p. 266).

Dans les cas où l'activité administrative fondée sur la directive légale doit se concilier avec un droit individuel, résultant des textes précités, le contrôle juridictionnel s'étend aux faits et le Conseil d'Etat assume le pouvoir discrétionnaire, souvent très étendu, que l'indétermination de la directive légale laisse à l'autorité administrative ; il constate alors que sa nouvelle mission dépasse le contrôle de légalité, mais fonde son attitude sur la nécessité d'arbitrer les droits en présence. La technique de cette intervention varie suivant les cas, elle est bien moins développée en présence de textes spéciaux d'une application restreinte que pour la police municipale dont le domaine et les difficultés sont de beaucoup les plus considérables.

Nous suivrons, dans notre étude, l'ordre de complication croissante de la technique juridictionnelle.

119. D'après l'art. 2 de la loi du 13 Juillet 1906 sur le *repos hebdomadaire*, « lorsqu'il est établi que le repos simultané serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de cet établissement, le repos *peut* être donné » (un autre jour, ou par roulement). Ces dérogations doivent être *demandées* au préfet, à la différence d'autres déro-

gations qui sont de droit, prévues aux art. 3 et 10 de la même loi.

L'article 2 qui nous intéresse seul ici, donne une définition assez vague des circonstances dans lesquelles le repos peut être donné avec ces modalités particulières : « fonctionnement normal de l'établissement, préjudice subi par le public. » Ne se trouve-t-on pas sur un terrain bien incertain, ou plutôt n'est-il pas évident que l'établissement ouvert tous les jours verra nécessairement son « fonctionnement normal » altéré par une fermeture hebdomadaire dominicale, que le public subira un préjudice, que certaines de ses commodités seront troublées ? Le public et l'établissement pourront le plus souvent supporter ce trouble. Leur intérêt sera presque toujours compatible avec celui du repos hebdomadaire ; il ne pourra jamais y avoir concordance véritable ; et cependant, l'autorisation ne devra pas être accordée dans tous les cas, sans quoi la loi serait inutile.

Tout se ramène donc à déterminer le degré du sacrifice admissible, de la gêne que doivent supporter définitivement le patron et sa clientèle. Ici, la loi est muette, elle indique les intérêts à envisager, mais sa formule, un peu naïve, ne dit pas comment s'en fera l'arbitrage. Ce que la loi n'a point fait, est-ce l'Administration ou le Conseil d'Etat qui doit le faire ? La jurisprudence a été fixée, dès les premières espèces, par les magistrales conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement ROMIEU, (*Lebon* 1906 p. 862) qui, envisageant le problème dans toute son ampleur, illustrent les préoccupations auxquelles a cédé la Haute Juridiction.

A) « Le Conseil d'Etat a-t-il le droit d'examiner au fond la légalité des arrêtés préfectoraux portant refus d'autorisation ? Cela revient à rechercher si la loi a entendu conférer au commerçant ou à l'industriel, un *droit* à obtenir la dérogation lorsqu'il satisfait aux conditions mises par elle à l'obtention de cette dérogation, ou si elle a voulu donner à l'Administration un pouvoir purement discrétionnaire, la dérogation n'étant plus un droit mais une *tolérance* ou une *faveur*. Dans le premier cas s'il y a un droit, il faut qu'il y ait un juge pour dire si les circonstances de fait, exigées par la loi pour que ce droit existe, sont ou non réalisées, c'est-à-dire un *juge compétent sur le fond*. Dans le second cas, le pouvoir étant discrétionnaire, le seul

droit du citoyen consiste à exiger qu'il s'exerce dans les conditions extrinsèques de légalité, et le juge n'aura pas à examiner le fond du droit. »

Or, en l'espèce, il s'agit d'un droit pour le particulier. Ceci résulte des travaux préparatoires et du fait que « le Parlement a envisagé ce recours comme une garantie judiciaire au fond contre l'arbitraire des autorités administratives. La mission du juge est donc de vérifier au fond si les circonstances de fait sont telles que le droit à dérogation existe ; si les conditions étant remplies l'Administration refuse la dérogation, elle viole le droit du commerçant, et par là même, la loi qui lui confère ce droit. C'est une violation de la loi par fausse application de la loi. »

Ainsi la jurisprudence du Conseil d'Etat résout, dès le début du siècle, une difficulté à laquelle la doctrine s'attardera encore longtemps : l'erreur de fait dans une matière où il y a compétence liée, n'a pas besoin d'être érigée en cinquième ouverture, elle se ramène à la fausse application de la loi.

B) Mais ici y a-t-il vraiment compétence liée ? Si la loi a voulu proscrire le « pouvoir purement discrétionnaire » n'a-t-elle pas laissé subsister par ses directives une indétermination semi discrétionnaire ?

M. ROMIEU répond par l'affirmative. « Le pouvoir attribué au Conseil d'Etat qui comporte à un certain degré un *mélange d'Administration et de contentieux*, est évidemment très délicat et assez exceptionnel. » Mais rappelant la compétence du Tribunal administratif en matière d'établissements ou de logements insalubres, M. ROMIEU ajoute : « Vous avez à concilier ici les intérêts du commerce avec le respect dû au principe du repos collectif du dimanche. Le contentieux spécial créé par la loi du 13 Juillet 1906, s'explique par les garanties sérieuses que l'on a voulu donner aux commerçants. Il n'a pas paru que l'arbitrage d'une autorité administrative, telle que le préfet, suffit pour calmer les inquiétudes d'une partie notable du monde du commerce. »

C'est donc bien l'importance des intérêts individuels menacés qui fonde la compétence du juge, le « droit » qui a été reconnu aux particuliers et qu'invoquait tout à l'heure M. ROMIEU, est le droit de liberté de la législation révolution-

naire : il ne saurait résulter de la loi de 1906, qui n'est pas suffisamment précise pour exclure tout pouvoir discrétionnaire ; ce droit préexistait à la loi de 1906, il faut savoir dans quelle mesure il lui a survécu. C'est une affaire de législation secondaire.

Le droit, au sens juridique strict, n'est donc plus intact et n'a pas encore été rétabli ; celui qu'invoque M. ROMIEU est un droit au sens politique, puisqu'il persiste entre deux phases distinctes de la réglementation juridique.

C) C'est aussi un problème politique que celui de la substitution du juge à l'administrateur, et c'est ainsi que l'envisage M. ROMIEU.

« Depuis longtemps déjà, la tutelle administrative *tend* à user d'une façon moins énergique des pouvoirs dont elle dispose pour sauvegarder les droits purement individuels, et à laisser à ces derniers, le souci de se défendre contre les abus ou les erreurs des autorités locales. Le Gouvernement *répugne* souvent à prendre la responsabilité d'un arbitrage entre les divers citoyens et les maires par exemple, et à intervenir dans les querelles locales fondées sur des questions de droit ; il se décharge volontiers de cette partie de ses attributions sur le juge qui, dégagé des préoccupations politiques, peut plus impartialement régler de pareils différends. *La tutelle administrative se trouve ainsi faire place de plus en plus à la tutelle contentieuse.* Le législateur lui-même *a fini* par entrer dans cette voie, et par reconnaître au citoyen des droits dans des circonstances où il ne leur aurait jadis attribué que des facultés, afin qu'ils puissent obtenir du juge la répression d'abus que l'action de ses agents directs assure moins efficacement ; il sait aussi que cette procédure est vue d'un œil favorable par le public qui se sait mieux garanti, et fera ainsi un meilleur accueil à ses dispositions à l'égard desquelles le régime du pouvoir discrétionnaire l'aurait rendu méfiant. »

Nous avons tenu à citer aussi largement cette très belle page de la littérature juridique administrative, pour montrer que le Conseil d'Etat avait eu, dès le début du siècle, très nettement conscience de l'importance *politique* de sa jurisprudence ; qu'il fallait en chercher l'inspiration, moins dans des analyses juridiques subtiles, que dans un sens politique averti.

Sans doute M. ROMIEU insiste-t-il sur la disparition du pouvoir discrétionnaire, et sur la reconnaissance d'un droit aux intéressés, mais ses explications sur la mission exceptionnelle du juge, sur l'évolution à laquelle elle correspond, se comprennent seulement parce que le pouvoir discrétionnaire *administratif* est le seul à avoir disparu, parce que le droit reconnu aux citoyens est un droit moins précis, moins strictement juridique que les autres droits. L'originalité de la matière, sur laquelle insistent ces conclusions, n'existerait pas s'il n'y avait partout qu'une compétence liée, si l'administrateur s'effaçait devant le juge, en présence d'une loi précise : c'est là le droit commun depuis longtemps. On en sort parce que les textes laissent subsister une certaine liberté.

D) Les conclusions de M. ROMIEU énumèrent quelques-unes des circonstances dont le juge devra tenir compte : nature des marchandises, de la clientèle, habitudes locales, marchés voisins, considérations topographiques (« les solutions pourront être différentes selon qu'il s'agit d'une grande ou d'une petite ville, de la périphérie, ou du centre, de telle ou telle partie des faubourgs »). Pour apprécier le trouble apporté au fonctionnement de l'établissement, « il faut ajouter toutes les circonstances économiques, industrielles, commerciales, techniques ou, le cas échéant, administratives spéciales à l'établissement » distinguer la perte apparente et la perte réelle du commerçant.

En fait le Conseil d'Etat a donc l'intégralité du pouvoir discrétionnaire laissé par la loi. Il est juge de l'opportunité d'une autorisation pour laquelle la loi a seulement posé une directive : nécessité d'un trouble grave pour le public et le fonctionnement normal de l'établissement (1). *Tout le pouvoir de décision définitive* concevable a été ici partagé entre le législateur et le juge seuls, et la part du second est très grande.

Les arrêts rendus par le Conseil d'Etat attestent l'examen du fait : Sagot 8 Mars 1907. « Considérant que s'il est établi par les documents versés au dossier que le sieur S... a réalisé dans la seule journée du dimanche une notable partie de ses recettes de la semaine, le requérant néanmoins ne justifie pas

(1) C'est ce qu'admet M. JEZE (*RDP* 1917, p. 461). « Le Conseil d'Etat est juge de l'opportunité dans certains cas, par exemple, pour les dérogations aux repos hebdomadaires. »

que les bénéfices réalisés par lui, ce jour-là, avant l'application de la loi précitée, seraient définitivement compromis par l'observation du repos hebdomadaire simultané le dimanche. » Les décisions prises au vu de certains faits pourront être rapportées si d'autres viennent à se produire (Montaut 12 Juillet 1907).

E) Mais dans quels documents le Conseil d'Etat puisera-t-il ses informations ? Dans les avis des chambres de commerce prévus par la loi, dans les livres de commerce (Bedarrides 2 Août 1907), enfin dans les pièces administratives.

Le préfet devra statuer par des arrêts motivés, et il faudra que ces motifs ne soient pas des motifs vagues de style, mais attestent un examen réel des circonstances de l'espèce (Montaut 28 Décembre 1906). La « formule passe-partout » ne saurait suffire. « Ce n'est pas, dit M. ROMEU, ce qu'a voulu la loi quand elle a exigé l'autorisation individuelle et l'arrêt motivé sous le contrôle du Conseil d'Etat. Le juge dans bien des cas se verrait dans l'impossibilité de statuer en connaissance de cause, et serait réduit à demander à l'Administration un supplément d'instruction. » Il faut « un examen plus sérieux, une enquête plus approfondie qui faciliteront le travail du Conseil d'Etat dans la mission délicate que le législateur lui a confiée. »

L'examen individuel, les motifs détaillés obligatoires pour le préfet, remplissent donc une double fonction : ils assurent aux intéressés une étude administrative sérieuse, ils facilitent la tâche du juge. Et si l'Administration a manqué à son obligation, le Conseil d'Etat lui imposera de collaborer à l'information juridictionnelle ; nombreux sont les arrêts qui ordonnent un supplément d'instruction, une vérification des faits allégués, avec rédaction d'un procès-verbal « par tel fonctionnaire qu'il plaira au ministre de désigner » (Jacob 30 Novembre 1906, Lang frères 28 Décembre 1906, Barbé 22 Février 1907, Bloch 17 Mai 1907 et 2 Août 1907, Canet 16 Novembre 1907).

Ainsi s'établit finalement, non sans heurts, une collaboration de l'Administration active et du tribunal administratif. La première n'est plus qu'un expert du second — son auxiliaire et ce nouveau rôle se marque dans l'obligation de communiquer au requérant le procès-verbal dressé qui est une mesure

d'instruction contentieuse. Le Conseil d'Etat puise les moyens de remplir sa tâche dans les services mêmes dont il vient de censurer les erreurs : en même temps que le tribunal administratif s'attribue l'examen de fait, il en entreprend l'organisation suivant un procédé de collaboration que nous retrouverons notamment dans le contentieux de pleine juridiction.

F) Malgré cet examen du fait, on demeure dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. M. JÈZE (*RDP* 1907, p. 58 et suiv.) en doute, objectant précisément l'étendue des pouvoirs du juge.

Mais les conclusions de M. ROMIEU sont absolument formelles. « Le recours pour excès de pouvoir permet de donner toute satisfaction aux citoyens qui se disant lésés par un refus illégal d'autorisation, fondent leur réclamation sur un grief tiré de la violation de la loi, c'est-à-dire de l'illégalité du refus *au fond*. C'est une *erreur fort répandue* que de croire que le recours pour excès de pouvoir ne vise que la violation des formes par opposition au contentieux de pleine juridiction qui pourrait seul connaître du fond. Dans les deux cas, le juge est appelé à examiner le fond, car il est juge de la légalité de l'acte à tous les points de vue. Le recours pour excès de pouvoir peut être fondé sur la violation des droits que la loi a entendu assurer aux citoyens, et cette violation de la loi entraîne le plus souvent l'appréciation des circonstances de faits dont la légalité de l'acte peut dépendre. Aussi le Conseil d'Etat est-il *constamment* amené à rechercher *en fait* si, dans la manière dont l'Administration a usé de ses pouvoirs, elle a respecté les droits que les citoyens tiennent des lois générales ou spéciales ».

Et M. ROMIEU cite « de nombreux exemples de ce pouvoir d'investigation et d'examen des circonstances de fond, à l'occasion du recours pour excès de pouvoir » : actes de délimitations domaniaux, admission à l'entrepôt, caractère confortatif des travaux, protection de la liberté du commerce et de l'industrie, etc...

Si ces conclusions épuisent la question du repos hebdomadaire, elles la dépassent aussi par conséquent. Elles rompent le lien communément établi entre la forme du recours et l'étendue des investigations du juge (v. chap. XI). Le recours pour

excès de pouvoir n'exclut pas l'examen du fait, que le respect de la légalité où les intérêts en présence exigent au contraire souvent. Dès le début du siècle, la jurisprudence est fixée sur ce point.

G) La question du repos hebdomadaire a soumis une nouvelle catégorie de litiges au Conseil d'Etat depuis la loi du 29 Décembre 1923, permettant au préfet « d'ordonner la fermeture au public des établissements de la profession et de la région » pendant un jour déterminé, lorsqu'un accord est survenu entre les syndicats patronaux et ouvriers.

Le Conseil d'Etat s'assure que les groupements signataires de l'accord intervenu représentent la majorité des intéressés. (Dony Lemonnier, 12 Juin 1925).

« Qu'il résulte de l'instruction que lesdits syndicats ne groupaient, au moment où l'accord a été conclu, qu'une minorité d'employeurs et d'employés, qu'il appartenait dès lors au préfet, sous le contrôle du juge, de rechercher par l'examen des circonstances de fait, et par la consultation des intéressés si l'accord intervenu correspondait bien à la volonté qu'a eu le législateur en édictant la loi du 29 Décembre 1923 ». Il résulte des pièces du dossier que ce sont les tailleurs qui ont surtout appuyé l'accord intervenu, mais à Limoges, « les commerces des tailleurs et des confectionneurs comportent sensiblement le même genre d'opérations, qu'en effet, lesdits commerçants se livrent uniquement à la vente des vêtements au détail ; qu'ainsi une concurrence peut s'établir que favoriserait l'application aux uns seulement de la fermeture ».

De même dans un arrêt du 27 Mars 1925 (Syndicat des Pharmaciens), le Conseil d'Etat 1) recherchera par l'examen des faits la conformité de l'accord intervenu avec la volonté des intéressés que le législateur a eu en vue ; 2) se demandera si les arrêtés préfectoraux ne créent aucune inégalité entre commerçants et industriels soumis au régime de cette loi.

120. La loi du 3 Mai 1841, fixant les sacrifices que l'intérêt public pouvait exiger de la propriété immobilière, subordonnait l'*expropriation* à l'existence d'une « *utilité publique* » et au paiement d'une indemnité. Elle instituait, pour la fixation de cette indemnité, un contentieux spécial et un jury de proprié-

taires, mais elle ne prévoyait pas la compétence d'une juridiction quelconque pour statuer sur l'accomplissement de la première condition.

Saisi de recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat se refusait pendant le XIX^e siècle à rechercher s'il y avait utilité publique (de l'Hôpital, 22 Novembre 1878). Mais sa jurisprudence a aujourd'hui évolué vers un contrôle analogue à celui qui s'exerce sur la révocation des fonctionnaires, par exemple, (p. 178 et suiv.). Aujourd'hui il se refuse encore à discuter « l'opportunité » de l'opération entreprise, mais avant de se récuser ainsi 1) Il constate le but réel de l'opération, souvent contestée par le requérant ; 2) Il se demande ensuite si un semblable but légitime l'expropriation.

C'est ce qu'explique M. Léon BLUM dans ses conclusions sous l'arrêt Commune de Venoix, du 24 Avril 1917. « Le juge peut rechercher si l'opération projetée était en elle-même de nature à comporter une déclaration d'utilité publique. Il n'a pas à apprécier le plus ou moins grand degré d'utilité, mais il peut être amené à décider si le travail qui fait l'objet de la déclaration rentre dans la notion, dans le concept d'utilité publique. »

Pour écarter le grief de détournement de pouvoir, formulé contre une déclaration d'utilité publique dans une matière assez spéciale (adduction d'eaux), un arrêt du 28 Janvier 1906 (Berenger) constate : « Que les requérants n'établissent pas que le décret attaqué ait eu en vue de favoriser un intérêt particulier ; qu'il ressort au contraire de l'instruction que la dérivation des eaux du Loup, déjà reconnue d'utilité publique en 1866, aura pour effet de suppléer à l'insuffisance du débit de la Lianne, tant pour l'alimentation de la ville de Cannes, que pour l'irrigation du territoire de plusieurs communes » ; que, dans ces circonstances, ce moyen n'est pas fondé. (Voir sous cet arrêt les références aux décisions anciennes).

Un arrêt du 11 Février 1910 (Laurent Champrosay) est venu fixer la jurisprudence pour le cas normal de l'expropriation : « Considérant que la création d'une place en vue de laquelle a été rendu le décret constitue en elle-même une opération de voirie d'utilité générale » il n'appartient pas dès lors au Conseil d'Etat « d'apprécier l'opportunité des travaux ainsi autorisés », Voir aussi : de Maraumont, 6 Août 1910 et Bail-

leul, 4 Décembre 1925 — la construction de maisons ouvrières était nécessaire à l'exploitation d'une carrière. (M. ALIBERT p. 52 note à propos de cet arrêt l'impossibilité de distinguer la « nécessité » et « l'opportunité »). Un arrêt du 11 Juin 1920 (Dame Gentil), constate que l'expropriation a été poursuivie en vue de créer un quartier nouveau, et non un groupe scolaire, que le motif n'est pas un motif d'utilité publique. Il y a au contraire utilité publique lorsqu'il s'agit de la création d'un service public. (Epitalon 16 Janvier 1920), de l'agrandissement d'une colonie scolaire (Giroit 10 Août 1923) de la création d'un dépôt d'ordures (2 Décembre 1921).

Dans un arrêt du 23 Mars 1923 (chemin de fer de Lyon-Croix-Rousse), le Conseil d'Etat décide que la création d'un bureau-annexe de chemin de fer présente le caractère d'utilité générale qui autorise le recours à la procédure d'expropriation « qu'il n'est pas établi, d'autre part, qu'on a poursuivi un autre but que cette utilité générale ».

121. Ce contrôle limité, réservant en principe l'opportunité de la décision, pouvait-il encore suffire là où la loi imposait des sacrifices à la propriété, sans *aucune indemnité* cette fois, dans l'intérêt *esthétique* par exemple ? L'art. 118 de la loi du 13 Juillet 1911, modifiant l'art. 4 du décret-loi du 26 Mars 1852, indique que le constructeur de maisons devra se conformer, à Paris, « aux prescriptions qui lui seront faites dans l'intérêt de la sûreté publique, de la salubrité ainsi que de la conservation des perspectives monumentales et des sites, sauf recours au Conseil d'Etat par la voie contentieuse ».

Ici encore, par conséquent, deux intérêts se trouvent en conflit : intérêt, ou tout au moins liberté, du propriétaire d'une part, intérêt esthétique de l'autre. Comment établir la balance ? Le texte l'indique d'autant moins qu'il emploie des termes dont la signification est nécessairement incertaine, puisqu'elle varie avec les jugements esthétiques de chacun : « perspectives monumentales, sites ».

La loi s'est ainsi déchargée sur d'autres, du soin de faire l'arbitrage qui s'impose entre l'esthétique et la propriété. C'est le Conseil d'Etat qui l'a assumé. Comme le dit M. le Commissaire du Gouvernement RIVET dans ses conclusions, sous les arrêts Salin, Lévy, etc. du 24 Mars 1922 (RDP 1923, p. 44) :

« Vous êtes juges une fois de plus des limites des sacrifices que le législateur a entendu imposer à l'intérêt particulier, au nom de l'intérêt général. C'est à vous qu'il appartient à la fois, en cas de contestation *a)* d'affirmer ou de nier l'existence de la perspective monumentale ou du site qui justifie, d'après l'Administration, le principe des mesures prises, *b)* puis éventuellement d'apprécier la légalité de ces mesures, eu égard à la construction projetée ».

Déjà le 4 Avril 1914, l'arrêt Gomel distingue nettement les deux questions : « Considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat de vérifier si l'emplacement de la construction projetée est compris dans une perspective monumentale existante, et dans le cas de l'affirmative, si cette construction, telle qu'elle est proposée, est de nature à y porter atteinte ».

a) On peut à la rigueur ramener la première de ces appréciations de fait à une question de qualification légale : la place Beauvau répond-elle à la définition légale de la perspective ? Mais il est évident que cette qualification légale présente deux difficultés notables.

La première consiste dans l'examen même des lieux. Le caractère esthétique d'une voie publique ne saurait se déduire ni de plans, ni de descriptions, seul ici le spectacle de la réalité concrète permet de nier ou d'affirmer son esthétique.

Le décret de 1852 et la loi de 1911 ne s'appliquent qu'aux voies parisiennes. Connaissant personnellement les lieux, érigés eux-mêmes en experts, les Conseillers d'Etat ont pu se dispenser d'ordonner une mesure d'instruction, à laquelle suppléaient leurs propres souvenirs. Mais demain, le législateur peut considérer que certains sites de nos campagnes, certaines voies de nos grandes villes de province, sont dignes de la même protection esthétique. Le Conseil d'Etat ne pourra pas dans ce cas refuser aux propriétaires de province lésés par des dispositions administratives, l'examen du fait qu'il garantit aujourd'hui aux riverains parisiens, mais ne pouvant plus alors pratiquer lui-même cet examen, il devra en charger des experts. La jurisprudence actuelle implique donc logiquement pour le Conseil d'Etat le pouvoir d'ordonner des mesures d'instructions dans le contentieux de l'annulation. C'est ce qu'admettait déjà M. HAURIU.

Mais ceci établi, peut-on vraiment croire qu'en présence de la même perspective, tout le monde tombera d'accord sur son caractère artistique ? Les jugements esthétiques ont-ils cessé d'être les plus incertains ? Si l'unanimité paraît devoir se faire pour l'Etoile ou la Madeleine, les conclusions de M. RIVET ne prouvent-elles pas combien son jugement sur le Ranelagh est influencé par l'histoire du vieux Paris ? Entre l'amateur de modernisme, partisan d'une architecture nouvelle et l'homme pour qui on ne saurait mutiler Paris de son passé, qui peut se vanter de choisir au nom de la vérité seule ? On ne peut surtout pas dire que le législateur a choisi, que les mots de son texte peuvent apporter une solution sans être fécondés par les conceptions personnelles du fonctionnaire saisi. Si le Conseil d'Etat déniait le caractère artistique d'une voie, admis par le préfet, celui-ci devrait juridiquement *s'incliner*, mais nul ne pourrait dire qu'il a *tort* au regard de la loi ?

b) Si la nécessité de compléter cette loi apparaît dès la première appréciation juridictionnelle, elle éclate bien plus encore pour la seconde. Quelle serait l'effet de la construction projetée ? Ici le juge doit anticiper sur l'avenir. Semblable au poète dont parlait ANDRÉ CHÉNIER, il devra sinon « dire et chanter ce que ses yeux n'auront point vu », du moins goûter ou condamner ce que ses yeux ne verront point.

Ce n'est pas seulement un effort d'imagination qu'il doit fournir, il doit encore écarter ses habitudes car ce sont les répugnances de la postérité, et non les siennes propres, qui comptent ici. Sur quelle distinction logique pourrait-on se fonder pour nier que le Conseil d'Etat est juge de l'opportunité esthétique d'une construction ? Et peut-on prétendre qu'il lui suffit de se reporter au texte légal pour y trouver la solution des questions posées ? Peut-on même prétendre que le préfet, plus méfiant que le Conseil d'Etat lorsqu'il s'agit d'innovations esthétiques, attente par là à la moralité administrative, commet un détournement de pouvoir, comme l'a soutenu M. HAURIOT pour expliquer l'arrêt Gomel de 1914 ?

En réalité si l'on veut comprendre la hardiesse du Conseil d'Etat en cette matière, il faut bien se reporter non pas à la loi de 1911, mais au droit de propriété lui-même qui est en jeu.

Par un effet paradoxal, l'indétermination de la loi de 1911,

loin de décourager le juge, l'a au contraire incité à intervenir.

Laissait-on au préfet le pouvoir d'imposer son jugement esthétique personnel — il devenait pour tous les propriétaires de Paris, un architecte obligatoire. On ne peut dire que ce résultat aurait été contraire à la loi de 1914 qui ne se préoccupe du droit de propriété que pour le réduire, mais elle aurait heurté la conception fondamentale de ce droit. Dans quelle mesure l'art. 544 du Code Civil était-il abrogé par la loi de 1914 ? C'est ce qu'il fallait dire dans chaque espèce en choisissant librement entre les différentes interprétations qui n'étaient pas exclues par la loi. Le Conseil d'Etat a pensé qu'étant donné l'importance du droit individuel engagé, il fallait remplacer la liberté de l'administrateur par celle du juge. « Aux restrictions législatives qui sont normalement apportées à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de police, devait donc nécessairement se substituer un large pouvoir d'appréciation de la jurisprudence du Conseil d'Etat. » (ESTÈVE p. 285 et suiv.).

Le tribunal administratif qui avait, par un examen minutieux, défendu la propriété immobilière contre le danger des expropriations réalisées par des plans d'alignement atteignant les immeubles sur une grande profondeur, qui n'avait pas admis le droit pour le préfet de proscrire les stores, en vue de l'embellissement des voies publiques (11 Mai 1888 Chevalier, 31 Mai 1889 Hulain) (1) a étendu sa protection en face des nouveaux pouvoirs créés par la loi de 1914. On peut dire de ces arrêts récents ce que M. DUEZ (p. 38) écrivait sur l'application ancienne de la théorie du risque aux dommages des travaux publics. « Cette jurisprudence qui assure une protection particulière à la propriété privée apparaît comme le couronnement des mesures prises en droit public par la Révolution Française pour faire disparaître à tout jamais les abusives pratiques de l'ancien régime. »

« Considérant, dit l'arrêt Gomel que les *seules* restrictions apportées au pouvoir du préfet dont la loi n'a pas subordonné l'exercice à un classement préalable des perspectives monumentales, sont celles qui résultent de la nécessité de concilier

(1) Voir aussi pour la même question posée dans le contentieux de la répression ; Delondre 7 Avril 1859,

la conservation desdites perspectives avec le *respect dû au droit de propriété*. »

Et c'est cette conciliation, cet arbitrage que nous retrouvons dans la réponse aux deux questions déjà distinguées que résolvent les arrêts rendus en cette matière.

a) Pour la première question : Compagnie Assurances Mutuelles 15 Novembre 1918 (pour la qualification de la rue de Castiglione) ; Wiriot 1^{er} Décembre 1921, (de la place de l'Etoile) ; trois arrêts du 24 Mars 1922 (du Ranelagh).

b) Après avoir décidé, suivant les érudites conclusions de M. RIVET, que le Ranelagh tombe sous le coup de la loi de 1914, le Conseil d'Etat se demande si les constructions projetées altéreront l'esthétique des lieux. Il répond par l'affirmative dans les arrêts Levy et Michel, par la négative dans l'arrêt Salin, et les conclusions précitées indiquent ici encore la minutie de l'examen auquel s'est livré le Conseil d'Etat. « Qu'il résulte de l'examen des plans adressés à l'Administration par les sieurs Levy et Michel avec l'indication du gabarit, que les constructions projetées, eu égard à leur masse, à leur élévation, n'auraient pu être autorisées sans altérer ce site. »

L'arrêt Pillot du 10 Août 1917 nous présente, à propos de la perspective de la Madeleine, un exemple (que nous retrouverons encore dans ce chapitre) de l'évolution du contentieux de l'annulation, vers une réformation effective de la décision critiquée : le Conseil d'Etat détermine, en effet, par le détail, ce qui « ne nuirait pas au maintien de la perspective qu'il s'agit de conserver. »

En ne se bornant pas à prescrire « une ornementation discrète dans le caractère simple des maisons voisines » le préfet a excédé ce qu'il était légitime d'imposer pour la conservation de la perspective monumentale de la Madeleine. L'arrêt note encore « qu'il suffit que les bâtiments ne dépassent pas la hauteur au-dessus de laquelle ils ne peuvent pas être aperçus par un observateur qui se tiendrait sur un point de la place situé dans le prolongement de l'axe longitudinal de la Madeleine », que le préfet a eu tort de fixer la hauteur maxima à 22 mètres, alors qu'on aurait pu, sans inconvénient, élever l'immeuble jusqu'à 24 mètres 85 ; qu'enfin on pouvait autoriser « l'emploi du zinc, mais non celui de la plombagine. »

Sans doute le Conseil d'Etat ne délivre pas lui-même l'autorisation d'élever des constructions de 24 mètres 85 de haut, d'une ornementation discrète, etc., mais le préfet peut-il faire désormais autre chose que se conformer à des prescriptions aussi détaillées ? Il ne lui reste plus qu'à contresigner les dispositions prises par le Conseil d'Etat. Celui-ci s'est saisi du pouvoir discrétionnaire pour l'épuiser, et l'usage du pouvoir juridictionnel de reformation est facilité par le fait que le préfet ne peut pas (Wiriot, Pillof 1^{er} Août 1914) se contenter de refuser l'autorisation sollicitée, qu'il doit encore indiquer les conditions auxquelles il serait disposé à l'accorder. En sorte que le Conseil d'Etat se trouvera toujours en présence d'exigences précises, auxquelles il pourra substituer les siennes.

L'instruction administrative elle-même facilite donc au Conseil d'Etat, ici comme pour les dérogations au repos hebdomadaire, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dont il s'est intégralement emparé.

122. L'obligation d'observer, dans l'enseignement public, la *neutralité* religieuse, se déduit aisément de plusieurs textes (loi du 28 Mars 1882, loi du 9 Décembre 1905 notamment).

Mais que faut-il entendre ici par neutralité ? On connaît les discussions suscitées par ce mot. Il est même vain d'espérer, selon M. JÈZE (*R. D. P.* 1916 p. 58 et suiv.), la réalisation d'un accord : l'idéal, énoncé par JULES FERRY, d'un enseignement complet, acceptable pour tous les honnêtes pères de famille, n'est « qu'une noble chimère. »

La neutralité scolaire est donc certainement une définition vague : pour la rendre applicable aux faits concrets, il faut l'avoir complétée par sa vue personnelle de la question ; parfois, peut-être même souvent, cette vue ne pourra rallier l'unanimité des esprits raisonnables.

Lé Conseil d'Etat s'est cependant toujours reconnu compétent pour apprécier, en fait, le caractère d'un manuel scolaire dont la neutralité serait contestée. Dans ses conclusions, sous l'arrêt Porteret du 20 Janvier 1911, M. PICHAT déclarait :

« Le Conseil d'Etat saisi d'un recours invoquant la violation de la loi, serait ainsi appelé à apprécier en fait le caractère du livre incriminé. Il ne ferait, en procédant à cet exa-

men que se conformer à sa jurisprudence consacrée par de nombreux arrêts qui relèvent dans les décisions qui lui sont déférées aussi bien la fausse application que l'inexacte interprétation de la loi ; il nous suffira, à ce point de vue, de rappeler les décisions que vous rendez couramment en ce qui concerne la légalité des arrêtés de police des maires. Telle est la voie légale. Elle permet d'assurer le respect des libertés individuelles tout en sauvegardant le pouvoir disciplinaire des autorités scolaires. »

Dans ses conclusions, sous un arrêt du 14 Janvier 1916 (Assoc. des Pères de Famille) de Gamarde-les-Bains, M. CORNEILLE est plus net encore. « Du jour où vous serez saisis d'une requête conçue et motivée en des termes vous permettant d'examiner, en fait, le caractère des livres incriminés, afin de décider si en rejetant la réclamation, le ministre a fait ou n'a pas fait une fausse application des principes légaux sur la neutralité scolaire, vous devrez certainement accueillir le recours pour excès de pouvoir, du moment où il vous serait démontré par les pièces du dossier que les livres incriminés violent la liberté de conscience, la liberté du culte, la neutralité scolaire, et nous prenons ce mot dans son sens le *plus large*. » « Vous avez, dans ces arrêts, très nettement déclaré que c'était à vous, juges, du recours pour excès de pouvoir qu'il appartenait de constater les *circonstances de fait* dont vous seriez amenés à déduire au point de vue qui nous occupe les violations du droit. »

M. JÈZE critique cette jurisprudence et soutient que les autorités universitaire doivent seules apprécier le caractère d'un livre scolaire : C'est la solution légale et c'est, politiquement, la solution la meilleure, en raison de l'inévitable incertitude des appréciations.

Mais cette indétermination de la loi, au nom de laquelle l'éminent auteur prétend récuser le Conseil d'Etat, est précisément ce qui, dans de nombreuses autres matières, a déjà entraîné l'extension de la compétence du tribunal administratif. Il est probable que pour apprécier la valeur, la portée d'un livre d'enseignement, des pédagogues avertis sont meilleurs juges que des juristes. Mais le Conseil d'Etat pense que là où des préoccupations politiques et des susceptibilités religieuses viennent apporter leurs inquiétudes, l'autorité, la sagesse et

la sérénité du magistrat rachètent son éloignement parce qu'elles seules peuvent compenser l'inévitable incertitude des textes (comp. p. 244 les conclusions de M. CHARDENET). La Haute Juridiction se place donc elle aussi à un point de vue politique, et la critique *politique* que lui adresse M. JÈZE ne fait que souligner la diversité des points de vue *politiques* qu'on peut, en toute impartialité, faire intervenir pour la solution d'une même question.

La Police Municipale.

123. Il est probable que les auteurs de la loi de 1884 en chargeant le maire d'assurer « l'ordre public » dans la commune, n'ont pas pressenti toutes les controverses qu'allait entraîner, vingt ans après, l'application de cette notion. En adoptant une véritable cause de style, la législateur n'a eu en vue ni les conflits religieux qui devaient marquer le début du *xx^e* siècle, ni les manifestations collectives laïques, ni l'interventionnisme, ni l'urbanisme. La loi municipale n'était pas faite pour régir une vie religieuse à laquelle suffisait alors le régime concordataire, ou pour régler les difficultés économiques encore inconnues.

Il sera donc impossible, le plus souvent, de recourir à des travaux parlementaires préparatoires ayant (comme ceux de la loi de 1906 selon M. ROMIEU) prévu l'arbitrage du juge. On aurait, au contraire, beaucoup surpris les rédacteurs de la loi de 1884 en leur disant que des actes de « haute police » allaient devenir le domaine d'élection du contentieux administratif.

Les citoyens et l'Administration se sont ainsi heurtés dans un domaine qu'aucun texte n'avait réellement réglé. Leurs conflits portaient tantôt sur des questions d'intérêt moral : liberté cultuelle, liberté de manifester ; tantôt sur des questions d'intérêt matériel : liberté du commerce et de l'industrie, ou propriété immobilière.

Ce sont ces questions qui dessinent dans la matière qui nous occupe, les chapitres d'une jurisprudence dont l'importance a été unanimement reconnue.

II

La liberté religieuse et le droit de manifestation

124. Le régime concordataire, régime d'exception et d'entente, soustrayait au droit commun les litiges nés à l'occasion des cultes reconnus : des règles spéciales régissaient leur solution ; elles étaient appliquées par des autorités qualifiées, habituées à la conciliation ; le Conseil d'Etat lui-même n'en connaissait que dans un contentieux original, celui du recours pour abus où la décision émanait toujours du Chef de l'Etat en son Conseil.

Les lois de séparation ont brusquement rejeté la vie religieuse dans le droit commun du régime municipal, à une époque où l'excitation des esprits réduisait les chances de conciliation, alors que l'indétermination des textes ouvrait un large champ à l'arbitraire.

Les conflits des autorités spirituelles et temporelles pouvaient se présenter de deux façons, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'édifice, consacré au culte. 1) Le maire pouvait vouloir affirmer l'ordre civil dans l'église ; 2) Les fidèles pouvaient choisir la voie publique pour affirmer leur foi.

3) Aux conflits que faisaient naître ces prétentions, s'en apparentent d'autres, laïques, ceux-là. Les progrès de la liberté démocratique, de l'esprit de groupe devaient amener les citoyens à exprimer collectivement, publiquement leurs opinions, leurs sympathies. Dans un pays où coexistent des tendances contraires, la manifestation de l'une d'elles pouvait provoquer des réactions, déplaire à des Administrations élues, politiquement hostiles, causer enfin à tous une gêne matérielle en troublant la circulation. Dans tous ces cas, l'Administration pouvait être tentée d'exagérer ces difficultés que la loi n'avait pas prévues, afin de s'arroger à la faveur d'un péril grossi, des pouvoirs accrus.

125. A) A l'intérieur de l'église proprement dite, à l'exclusion du clocher, la question est simple, les pouvoirs du maire

abdiquent aux portes de la maison de Dieu : ils n'y pénétreront que si l'ordre public l'exige (car l'intérieur de l'église fait malgré tout partie du territoire de la commune). Un examen du fait s'imposera donc au juge pour savoir si l'ordre public pouvait, exceptionnellement, légitimer l'intervention du maire et notamment la fermeture momentanée de l'église.

Le Conseil d'Etat l'entreprend, vérifie la réalité du danger de désordre public invoqué par la municipalité, notamment pour un jour d'inventaire, (Voiturel 22 Novembre 1907, Abbé Deliard 8 Février 1908, avec les conclusions de M. CHARDENET. la « fermeture devra être justifiée par des circonstances d'une gravité telle qu'on pourra dire que cette mesure s'imposait. ») Il y aura donc ici un examen du fait, de la réalité des dangers allégués pour l'ordre public, que nous retrouverons pour les manifestations sur la voie publique. Le Conseil d'Etat vérifiera de même le danger de ruine allégué : (Ferry 25 Mai 1911). « Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment des rapports d'architecte versés au dossier qu'une grande partie de la voûte de la nef centrale de l'église de Beznat s'est effondrée et qu'il y avait lieu de craindre que de nouveaux effondrements entraînent la chute du reste de l'édifice, que, dans ces circonstances de fait, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le maire a fait un usage abusif de ses pouvoirs de police en ordonnant, dans l'intérêt de la sécurité publique, la fermeture totale de cette église. »

Parfois il prescrira même une expertise (Lhuillier 25 Décembre 1913) et ne décidera qu'ensuite (Lhuillier 12 Juin 1914) (comp. ci-dessus, arrêt Empreur, p. 216).

B) Mais le plus souvent ce n'est pas l'église proprement dite que se disputent les deux pouvoirs en présence, c'est *le clocher* ; les sonneries ne sont pas, comme l'office, retenues dans la maison qui leur est consacrée, elles retentissent à travers toute la commune. De là pour les municipalités une double tentation : s'assurer l'usage le plus large possible des cloches, restreindre celui que pourra en faire le curé, réduire les sonneries religieuses au profit des sonneries civiles l'art. 27 de la loi du 9 Décembre 1905, avait bien compté ici sur un accord amiable du Président de l'Association culturelle avec le Maire. On sait pourquoi cet espoir est resté lettre morte.

a) Pour les *sonneries civiles* (et à défaut de l'accord indiqué, qui pourrait permettre toutes les sonneries civiles), l'art. 51 du règlement d'administration publique du 16 Mars 1906, s'inspirant de l'art. 100 de la loi de 1884, a prévu le droit pour les municipalités de faire exécuter les sonneries autorisées par les usages locaux ou nécessitées par un péril commun exigeant un prompt secours. Le contrôle du Conseil d'Etat consistera donc à rechercher si, en fait, il y avait usage local, ou péril commun (Bouri 6 Décembre 1918, Dupuy 22 Novembre 1912, Collie 19 Juin 1914).

Les usages locaux sont du reste interprétés largement puisqu'on y fait rentrer la sonnerie pour l'inauguration d'un monument aux Morts (Lesplaces 2 Avril 1924).

b) Pour les *sonneries religieuses*, il n'y a plus aucune indication réglementaire qui puisse faciliter la tâche du juge ; plus de solution simple qui s'impose. La liberté des sonneries religieuses ne sera limitée que par les exigences de l'ordre public. Mais qu'est-ce que l'ordre public ? C'est ici qu'apparaissent avec une netteté particulière, les divergences des conceptions en cette matière. On ne s'accorde que sur une chose : la nécessité de juxtaposer un élément moral à l'élément matériel. L'absence de bagarres sur la voie publique ne suffit pas, il faut encore que la paix maintenue ne soit pas l'oppression de certains. Mais où commence l'oppression ? La plupart des sonneries religieuses paraissent intolérables à l'anticlérical militant, aucune n'est gênante pour le dévot.

Qui fixera donc les frontières de cet ordre public que chacun entend à sa manière ? La loi avait compté sur une collaboration qui fait défaut. Le juge se substituera aux parties, sa sentence tiendra lieu de convention. Ce qui constitue l'originalité de la matière, ici, ce n'est pas véritablement l'examen du fait en réalité sommaire, parce que d'une commune à l'autre les exigences de l'ordre public ne varieront pas ; c'est l'élaboration, au vu de faits à peu près uniformes, d'une sorte de *catalogue* des prohibitions valables.

M. le Commissaire du Gouvernement SAINT-PAUL, dans ses conclusions, sous l'arrêt Morel du 5 Août 1908, indique les principes applicables : « Le maire peut déroger aux anciens usages ou les modifier pour des motifs légitimes, c'est-à-dire

lorsqu'il estime que certaines restrictions sont nécessaires en vue d'assurer la tranquillité publique et le repos de la généralité des habitants. Mais ce pouvoir d'appréciation, bien qu'assez étendu, ne saurait aller jusqu'à apporter à la célébration des cérémonies et des offices religieux des entraves de nature à paralyser le libre exercice du culte, alors surtout que de semblables mesures ne sont pas impérieusement commandées par le souci de l'intérêt public. *La limite sera parfois difficile à tracer* : aussi l'appréciation de la légalité des arrêtés municipaux déférés au juge de l'excès de pouvoir demandera-t-elle un discernement tout particulier. » Il faut, comme le dit un arrêt du 4 Août 1913, « concilier les exigences de l'ordre et de la tranquillité publique, avec le libre exercice du culte. »

Le plus souvent, la solution transactionnelle sera obtenue par un « cantonnement dans le temps » de ces diverses exigences : les sonneries trop tardives ou trop matinales risqueraient de devenir (conclusions précitées) « une gêne et parfois même un tourment véritable » pour les voisins de l'église. Pendant le jour la liberté des sonneries sera, au contraire la règle.

On ne peut interdire l'usage des cloches avant 7 ou 8 heures du matin, ou après 20 heures, « alors que ces dispositions prises dans leur ensemble ont pour conséquence la suppression des sonneries de nombreux offices et exercices religieux, et qu'aucun motif tiré de la nécessité du maintien de l'ordre et de la tranquillité publique ne pouvait être invoqué par le maire pour limiter, comme il l'avait fait, les sonneries religieuses. » (25 Août 1908 Morel, Leclercq et Gruson). (Voir aussi Meurgey 15 Mars 1912, Olivier 12 Novembre 1915).

On ne peut davantage réglementer les modalités des sonneries (Arnaud 20 juin 1913) ni interdire les sonneries à la volée (Chapeau 27 Juin 1919). Mais des circonstances exceptionnelles permettent de déroger à cette règle. Un maire a pu, dans la zone des armées, interdire provisoirement toutes les sonneries (Abbé Mongold 21 Juillet 1916). Un arrêt du 12 Février 1909 (Rimbaud) valide de même l'interdiction de toutes les sonneries là où le clocher menaçait en fait de s'écrouler, ainsi que l'avait indiqué l'architecte. De même (Abbé Prioux 7 Août 1920), les sonneries funéraires pourront être interdites en cas d'épidémie. (Idem Meurgey 15 Mars 1912).

Mais le maire peut toujours interdire les sonneries qui ont lieu avant six heures du matin (Leclercq 5 Août 1908) ; les sonneries à l'agonie avant et après le coucher du soleil (Abbé Gary 7 Juin 1912) ; limiter à dix minutes la durée des sonneries ordinaires, à trente celle des sonneries solennelles, (Abbé Arnaud précité) ; interdire la sonnerie du glas pendant plus de cinq minutes (Scolary 27 Juillet 1923).

La jurisprudence évolue du reste sur ces questions. A la différence de l'arrêt Arnaud, des arrêts du 25 Novembre 1925 (Le Dars), du 12 Janvier 1923 (Lebrun), admettent que les sonneries solennelles peuvent être ramenées à 15 minutes, que toutes les sonneries peuvent être interdites entre 21 heures et 5 heures pendant l'été.

On ne peut, évidemment, pas parler ici d'une application de la loi qui aurait permis d'interdire les sonneries antérieures à 6 heures du matin, mais n'aurait pas permis d'interdire celles qui sont comprises entre 6 et 7 heures du matin. Comment soutenir que l'une de ces prohibitions est conforme à la loi, tandis que l'autre la viole, alors que, nous venons de l'indiquer, la juge lui-même ne reste pas toujours fidèle à ses précédents, déplaçant d'une heure par exemple la délimitation édictée ?

En réalité, une lacune s'est révélée dans le système légal ; le législateur s'en était remis à l'accord des parties du soin de compléter ses indications, et nul ne niera qu'il restait au maire et au président de l'association cultuelle une très grande liberté. Mais c'est précisément cette liberté qui est échue au juge, tout au moins en partie. Il complète la loi. Il concilie les intérêts en présence, suivant ce qui lui paraît raisonnable, et qui vaudra, sauf exigence contraire des circonstances, qu'il se réserve toujours d'apprécier.

L'action créatrice du Conseil d'Etat se manifeste dans son unité foncière. Donneur d'avis, il a participé à l'élaboration du règlement d'administration publique du 19 Mars 1906 ; sur ses conseils probablement, le Ministre des Cultes avait, sous le régime concordataire, élaboré un règlement type *recommandé* aux préfets et aux municipalités. Et c'est encore un règlement-type, très voisin du précédent, toujours visé par les conclusions des Commissaires du Gouvernement qu'élabore la jurisprudence contentieuse en *l'imposant* cette fois aux municipalités.

Le rôle de juge *du fait* passe ici, sans doute, au second

plan. Mais ce qui domine, ce n'est pas l'application du droit, c'est sa création, une manière de législation secondaire.

126. Pour juger les restrictions apportées aux *manifestations* sur la voie publique, le Conseil d'Etat s'est d'emblée reconnu la compétence la plus étendue dans l'examen des faits. Les Commissaires du Gouvernement indiquent, comme l'avait fait M. ROMIEU, sous l'arrêt Jacquin de 1906, à propos du repos hebdomadaire, la nécessité d'un arbitrage des intérêts en présence, ajoutent ensuite qu'il doit être fait par le Conseil d'Etat, et soulignent son rôle véritable en pareille matière.

Dans ses célèbres conclusions, sous l'arrêt Abbé Olivier du 19 Février 1909, M. le Commissaire du Gouvernement CHARDENET, invoquant les traditions de la jurisprudence des recours pour abus, ajoutait : « quelque délicate que soit cette appréciation des circonstances, il vous appartient de la faire, du moment que le recours pour excès de pouvoir est recevable, du moment qu'il est admis que les particuliers peuvent venir vous dire que le maire s'est trompé ; que l'ordre public n'a jamais exigé et n'exige point des mesures semblables à celles qui ont été prises, *et ici, il s'agit de particuliers qui soutiennent qu'il a été porté atteinte au libre exercice du culte garanti par l'art. premier de la loi du 9 Décembre 1905.* »

C'est donc l'importance du droit invoqué qui impose l'examen juridictionnel et les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE sous l'arrêt Baldy du 10 Août 1917 insistent sur le fondement libéral de cette intervention du juge, sur la tradition révolutionnaire qui l'inspire. « Pour déterminer l'étendue d'un pouvoir de police dans un cas particulier, il faut tout de suite se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux pouvoirs du particulier, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés du citoyen, que la *Déclaration des Droits de l'Homme* est explicitement ou implicitement au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police, l'exception. S'il en est ainsi, si le droit de police n'est légal que dans la mesure où le texte de loi qui l'institue a limité la liberté qu'il entame, le règlement pris en vertu

de l'art. 97, ne reste légal que si son libellé *se justifie en entier* par les nécessités de l'ordre public, qui ont été la base de la disposition de cette loi. »

On aurait cependant tort de croire qu'il s'agit dans la pensée du Conseil d'Etat, d'un simple contrôle de légalité. Non seulement les Commissaires du Gouvernement ne se dissimulent pas les difficultés de la tâche entreprise, mais encore ils en dégagent la véritable nature.

« Nous reconnaissons dit M. CHARDENET, que cette appréciation comportant l'examen de circonstances toutes locales, est souvent fort délicate pour vous qui êtes loin des communes où ont été pris les arrêtés attaqués, pour vous qui ne trouvez parfois dans le dossier qu'un bien pâle reflet des animosités ou des dissensions locales ». S'il est, en effet, des Administrations qui, comme le Ministère de l'Intérieur dans l'affaire Ollivier, soutiennent que l'invocation de l'ordre public suffit à légitimer les dispositions prises, posant ainsi une question de droit, d'autres, comme le Ministère de la Justice, dans cette même affaire, abordant l'examen des faits, soutiennent que l'ordre public a été vraiment menacé.

M. CHARDENET rappelle que la Cour de Cassation a reculé devant une appréciation aussi délicate (1). Mais tout autre est la situation du Conseil d'Etat. « Vous, au contraire, qui avez à statuer sur le maintien ou l'annulation des règlements, vous qui êtes appelés à jouer un peu le rôle de *supérieur hiérarchique* des autorités administratives, vous devez examiner quelle est la limite des pouvoirs du maire. Vous devez rechercher jusqu'à quel point les prescriptions de ses arrêtés sont légales, et à partir de quel moment elles deviennent abusives. » M. CORNEILLE rappelle également dans ses conclusions sous l'arrêt Baldy cette opposition des deux jurisprudences, et cite le fondement donné aux pouvoirs plus étendus du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat ici, passant outre à des considérations

(1) Voir sur cette jurisprudence le rapport de M. le Conseiller DUPRÉ au S. 1898-1-297 « ici vous êtes et vous resterez des juges », et (CARPENTIER D. P. 16-1-134) : « Attendu qu'il n'appartient pas au juge de la répression, d'apprécier l'application que le Maire a faite de la loi, en accordant ou en refusant l'autorisation demandée ; que l'usage, même abusif et vexatoire d'un arrêté n'autorise pas les parties lésées à l'enfreindre, mais seulement à se pourvoir devant l'autorité compétente pour excès de pouvoir ».

qui arrêtent le juge normal est donc le supérieur hiérarchique de l'Administration. Mais suivant quels principes arbitrera-t-il les conflits qui lui seront soumis ?

On constate ici, qu'en fait, la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant sur un recours pour excès de pouvoir, applique les règles vers lesquelles tendait la pratique du régime concordataire ; le texte visé a seul changé — c'est désormais la loi de 1884 — mais le fait que les lois passent et que la jurisprudence demeure, prouve combien cette dernière est ici plus qu'une interprétation de la loi.

La loi de Germinal an X (art. 45) interdisant les manifestations catholiques sur la voie publique, dans les localités où existaient « des temples consacrés à différents cultes », a été le texte principal pendant tout le XIX^e siècle. Après 1850, l'application de cet article a été très étendue, par le fait qu'on a considéré les temples protestants paroissiaux (et non plus seulement consistoriaux), comme répondant à la définition de l'article 45 ; mais on a admis en même temps que ce texte ne créait, pour l'Administration, qu'une *faculté* d'interdiction, semblable à celle qui existait pour les autres cortèges. Le régime des manifestations cultuelles perdait ainsi son originalité, et l'on voyait dans les dernières années du siècle certains maires fonder leurs arrêtés d'interdiction sur la loi municipale, notamment dans les communes où il n'y avait ni temple, ni synagogue (v. A. FOS-SIER).

Et c'est aux précédents du régime concordataire que se réfère expressément M. CHARDENET. « La jurisprudence tant de la Cour de Cassation que du Conseil d'Etat appelée à se prononcer sur des recours pour abus, ou même du Conseil d'Etat au contentieux — dans les cas assez rares où vous avez eu à vous prononcer, cette jurisprudence conserve aujourd'hui encore toute sa valeur ».

Les règles dont s'inspire aujourd'hui le Conseil d'Etat ne sont donc pas autre chose que des produits de l'expérience administrative ; règles dégagées par un siècle d'inductions, par la généralisation des solutions qu'ont dicté les circonstances, elles forment ce que les allemands appellent des « Erfahrungssätze ». Elles sont comme des « comprimés » de l'expérience concordataire.

Ainsi s'accomplit la transformation du fait en droit : l'exa-

men du premier permet, par la répétition des mêmes constatations, de dégager pour l'avenir des présomptions que demain le législateur érigeria peut-être en règles absolues. Le Conseil d'Etat, lui, se refuse à aller jusque là : nées de l'expérience ses présomptions n'en deviennent jamais indépendantes . elles ne valent que jusqu'à preuve du contraire, elles pourront toujours changer, être, dans un cas particulier, démenties par les faits. Elles abrègent l'examen du fait, mais ne le suppriment pas.

Le caractère de ces règles a été très clairement indiqué, par M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE, dans ses conclusions, sous l'arrêt Baldy.

« Il y a en faveur d'un arrêté municipal d'interdiction (d'une manifestation extérieure qui n'est pas une procession) une *présomption* d'ordre public, mais une présomption *simple* qui admet la preuve contraire. Au contraire, pour l'interdiction des processions, c'est une présomption *juris et de jure*. »

A) a) Les processions, cortèges, manifestations ou cérémonies religieuses déterminent toujours un rassemblement plus ou moins considérable de personnes, et, dans l'intérêt du bon ordre, il peut être utile de les interdire, surtout dans une commune importante » (conclusions de M. CHARDENET).

M. CORNEILLE est plus explicite encore. « Estimant que la procession, acte solennel, s'accomplissant avec la participation du public, déterminerait un rassemblement plus ou moins considérable de personnes, attirant l'attention des passants, pouvant provoquer les propos aigres d'un passant mal disposé, les contre-manifestations d'un groupement qui n'a pas encore bien compris ce que c'est que la liberté ; que la procession, disons-nous, peut aboutir à des désordres, à du tapage, à de tumultueux attroupements, vous avez, depuis la séparation, détaché la procession des autres manifestations du culte (port de viatique, enterrements) pour lui faire un sort à part. En un mot, si pour la procession vous pensez qu'il y a une présomption *juris et de jure* de possibilité de troubles »...

b) Mais le Conseil d'Etat exclut du champ d'application de cette présomption, les *processions traditionnelles*. Pour elles c'est à la commune qu'il appartient de prouver le danger exis-

lant pour l'ordre public : Didier 1^{er} Mai 1914. « Considérant que l'arrêté municipal interdit toutes les processions religieuses sur le territoire de la commune, considérant que si l'interdiction des processions proprement dites pouvait se justifier par le souci d'éviter toutes les causes de troubles sur la voie publique, aucun motif, tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique, ne pouvait être invoqué pour légitimer la prohibition de cérémonies, telles que les visites processionnelles au cimetière qui se font le 1^{er} et le 2 Novembre sous la conduite du prêtre revêtu de ses ornements sacerdotaux, qui constituent dans cette commune une cérémonie traditionnelle se rattachant au culte des morts. »

Cette restriction paraît résulter du fondement même de la présomption qu'elle limite : on suppose, parce que l'expérience l'enseigne, que la procession est dangereuse pour l'ordre public, mais cette présomption est démentie par l'expérience elle-même, là où la procession est traditionnelle, c'est-à-dire là où sa répétition même prouve qu'elle ne compromet pas l'ordre public. Loin d'apparaître ainsi comme une exception à la prohibition des processions, la liberté des processions traditionnelles n'est qu'une autre conséquence du recours à l'expérience : on constate que dans telle commune il a été possible de concilier ce qui semble d'habitude incompatible.

c) Née de l'expérience, la présomption défavorable aux processions ne résiste donc pas aux événements. L'existence d'une procession traditionnelle peut faire *présumer* que l'ordre public ne sera pas troublé, mais cette seconde présomption est, elle aussi, comme la première, susceptible de preuve contraire. Il est possible qu'une procession, même traditionnelle, puisse être incompatible avec le maintien de l'ordre public seulement c'est à la municipalité cette fois à le prouver.

« Considérant que cette prohibition ne peut légalement s'appliquer aux cérémonies ayant pour objet le culte des morts ou l'observation des traditions anciennes qui correspond à un usage local, *alors qu'aucun motif* tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué pour interdire ces cérémonies ; que dès lors l'arrêté attaqué est entaché de détournement de pouvoir. » (Behague, 10 Décembre 1920). V. aussi Hagot 23 Mai 1913 : « Considérant que si l'inter-

diction au moment où elle est intervenue *pouvait se justifier* par le souci d'éviter toute cause de trouble... »

d) Mais en même temps, (et c'est là un autre aspect du caractère mixte des propositions ci-dessus dégagées, qui participent à la fois du droit et du fait), au fur et à mesure où les luttes religieuses des années 1905 s'atténuaient, le Conseil d'Etat se montrait de moins en moins exigeant pour admettre le caractère traditionnel d'une procession, acceptait de plus en plus facilement le démenti donné par les faits à la présomption d'incompatibilité avec l'ordre public. Le nombre des processions reconnues comme traditionnelles a été sans cesse croissant.

Des arrêts récents (voir par exemple, Pimbert et Rerolle 5 Mai 1928) recherchent, à propos de processions qui n'étaient pas fondées sur des traditions locales, si le maire en les interdisant n'a pas excédé ses pouvoirs (rapprocher, pour l'évolution de la jurisprudence, l'arrêt Pimbert qui annule l'interdiction, et les conclusions de M. CORNEILLE sous l'arrêt Gaston David du 8 Avril 1911 qui excluent jusqu'à la possibilité de prouver le détournement de pouvoir).

Aussi a-t-on pu écrire à propos de cette jurisprudence (FOSSIER) « Il n'y a plus en faveur des arrêtés d'interdiction de présomption irrefragable de légalité, mais une présomption simple, et les intéressés peuvent aisément la faire tomber grâce au contrôle du fait exercé à l'heure actuelle par le Conseil d'Etat ».

Ainsi l'affaiblissement de la présomption défavorable aux processions, permet un examen très complet du fait, la jurisprudence l'organise seulement en répartissant la charge de la preuve : c'est au requérant à prouver que la procession quelle qu'elle fut, pouvait être autorisée, ou bien qu'elle était traditionnelle ; s'il réussit à faire cette dernière preuve, c'est au maire à prouver qu'une menace est apparue pour l'ordre public, condamnant la procession traditionnelle.

B) « Pour le *surplus des cérémonies extérieures* des cultes, (conclusions précitées de M. CORNEILLE), la présomption de troubles n'est plus qu'une présomption *simple* ». « Pour celles-ci (les manifestations autres que les processions), vous déclarez qu'il vous appartient de rechercher, d'apprécier suivant les

circonstances de la cause, si le maire n'a pas, en l'espèce, fait de ses pouvoirs, un usage non autorisé par la loi, et vous ajoutez qu'il y a lieu de respecter, autant que possible, les habitudes et les traditions locales, et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre public. »

C'est ce que décident de nombreux arrêts : Buléon Gentil, 14 Mai 1915. « Considérant que si l'interdiction des processions dans la commune au moment où elle est intervenue, pouvait se justifier par le souci d'éviter toute cause de trouble sur la voie publique, aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre n'aurait pu être invoqué pour légitimer la prohibition d'autres cérémonies ou manifestations, telles que le port du viatique ou les exercices liturgiques qui s'accomplissent au seuil des églises. » (Idem Cibot 4 Avril 1914, Didier 1^{er} Mai 1914).

Y a-t-il d'ailleurs ici vraiment une présomption défavorable, même simple, puisque le Conseil d'Etat constate « qu'aucun motif tiré de la nécessité du maintien de l'ordre, ne pouvait être invoqué pour interdire le port du viatique dans des conditions consacrées par l'habitude et les traditions locales. » (De-guille 19 Mars 1909, Anfret 26 Décembre 1923 etc...), ce qui paraît laisser au maire le soin d'invoquer ces nécessités ?

De même il faut des motifs particuliers pour légitimer la prohibition des cérémonies funéraires. C'est ce qu'avaient déjà admis les décrets rendus sur recours pour abus : Jourdain 14 Août 1903 « alors qu'il résulte de l'instruction qu'aucune manifestation hostile n'a eu lieu pendant les enterrements, que les prohibitions édictées blessent inutilement la population, que dans ces conditions l'intérêt de la sécurité publique n'est plus en jeu. »

Cette jurisprudence s'est maintenue après la loi de séparation, (Garcin 14 Février 1907, Georget et Heroux 19 Décembre 1909, Valette 14 Février 1908. « Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire pour lui permettre etc...).

C) On retrouve à propos des exhibitions d'*emblèmes*, le système des présomptions jurisprudentielles que nous avons tenté de dégager. Dans ses conclusions précitées pour l'arrêt Baldy du 10 Août 1917, M. CORNELLE s'exprime ainsi :

« L'exhibition sur les voies publiques de toute nature et sur leurs dépendances, d'emblèmes associés aux couleurs nationales, est, d'une manière générale, de nature à compromettre la sécurité et la tranquillité publiques. » « Pour le port individuel d'insignes religieux, il n'y a même plus, d'après votre jurisprudence de présomption de trouble » — c'est pourquoi l'arrêt Baldy annule les prohibitions édictées par un arrêt préfectoral.

Mais l'Administration peut prouver que dans telle espèce un trouble était possible ; si le préfet avait pu démontrer, dans l'arrêt Baldy, qu'en raison de circonstances malheureuses particulières à son département, le port d'insignes individuels religieux pouvait menacer l'ordre public, le recours aurait dû être rejeté. « Certaines circonstances, certaines conditions extrinsèques, dit M. CORNEILLE, peuvent faire de l'emblème individuel un objet de réglementation. » (Voir pour l'application de ces distinctions : Berthezet 10 Août 1917, Le Tourneur, Nègre, etc... 8 Février 1918). Il incombe au maire de prouver que les circonstances exigent qu'il soit interdit d'apposer sur le *monument aux Morts* de la commune des emblèmes qui pourraient provoquer des troubles, soit eu égard à leurs dimensions, soit en raison de l'excitation des esprits, (Deffaix 17 Décembre 1924). « Il appartient au maire d'interdire les inscriptions de nature à troubler l'ordre public, telles que celles qui avaient provoqué des désordres récents, mais non d'interdire absolument toutes inscriptions sur les couronnes, bouquets et croix qui peuvent être déposés sur les monuments aux Morts », (Castallifard Delatry 14 Janvier 1927).

127. Les mêmes principes devaient prévaloir pour les manifestations cultuelles et les *manifestations laïques*. Mais pour celles-ci aucune pratique, aucune distinction semblable à celle des processions et des autres manifestations cultuelles, n'ont permis la formation de présomptions aussi nettes que celles qui gouvernent les manifestations cultuelles.

Au début le contrôle du Conseil d'Etat semble moins strict faute d'une expérience suffisante, paraît se ramener d'abord à un simple contrôle du détournement de pouvoir. C'est le seul grief qui fonde les premiers arrêts d'annulation. (Philarmonique de Fumay du 17 Mai 1907, La Fraternelle

22 Novembre 1907, Société de Gymnastique de Stains 30 Juillet 1909) ; le détournement de pouvoir résulte d'un aveu du maire ou des termes mêmes de la décision.

Cependant la jurisprudence devait évoluer du contrôle du détournement de pouvoir proprement dit, vers un contrôle plus large, analogue à celui qui était pratiqué pour les manifestations culturelles.

La preuve du détournement de pouvoir s'est élargie ; un arrêt (Les Violettes de la Thille) du 1^{er} Août 1914 le déduit « des pièces produites et jointes au dossier. »

Certains arrêts de rejet vont encore plus loin et affirment que la mesure était *justifiable* : (Boillot 3 Février 1911) : « Que la demande des requérants tendait à obtenir l'autorisation pour la chorale de Meursault de se joindre à deux sociétés de musique étrangères à la commune pour traverser en cortège les rues de la ville, en se rendant à un festival, que ce défilé dans les conditions où il devait avoir lieu pouvait occasionner des désordres, et que le maire a pu invoquer un motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique pour refuser de l'autorisation demandée », (voir aussi Fouquière-les-Lens 22 Juillet 1910, Société préparation militaire des Alpes 10 Novembre 1911).

La jurisprudence a été ainsi amenée lentement à pratiquer un contrôle qui déborde celui du détournement de pouvoir. Le Conseil d'Etat recherche aujourd'hui si la mesure est justifiée et souvent répond par la négative : Société La Cocarde 3 Juin 1917, « Il résulte de l'instruction que le refus de sortie n'était pas justifié. » Id. La Cécilienne 5 Juillet 1918, « il résulte des précisions du dossier que l'interdiction était injustifiée. »

Un arrêt du 14 Janvier 1916 (Société Sainte-Cécile), annule l'un des deux refus de sorties attaqués, aucun motif d'ordre public n'étant invoqué, mais maintient l'autre. « La sortie que la société Sainte-Cécile demandait au maire d'autoriser était, dans les conditions où elle devait avoir lieu, de nature à troubler l'ordre public. » Un arrêt (La Garraztazak 27 Avril 1917) rejette le recours car « il résulte de l'instruction qu'en prenant les arrêtés attaqués en raison des incidents qui avaient provoqué les sorties précédentes de la société la G... le maire de Saint-Jean Pied de Port a eu seulement en vue d'assurer le maintien de l'ordre public. »

128. C'est donc à tort qu'on a voulu expliquer l'examen juridictionnel des faits, dans toute cette matière, par le contrôle du détournement de pouvoir. En réalité, nous l'avons vu, le Conseil d'Etat ne se demande pas seulement dans quel but l'autorité municipale a agi, mais encore si son action est justifiée. Les arrêts distinguent nettement les différentes questions abordées : Ollivier (précité) « Il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir en matière de police municipale *non seulement* de rechercher si l'arrêté en cause porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, de l'autorité préfectorale ; *mais encore* d'apprécier suivant les circonstances de la cause, si l'administrateur n'a pas, dans l'espèce, pris un arrêté ne se *justifiant* pas par la nécessité de maintenir l'ordre public. ». Voir aussi : Rerolle 5 Mai 1928, « Les circonstances de l'espèce prouvent que le maire n'a pas excédé ses pouvoirs *et* qu'il n'a pas commis un détournement de pouvoir ».

Ce n'est donc pas seulement le but du règlement qui est en cause, c'est aussi son bien fondé. Il faut, nous l'avons vu, selon M. CORNEILLE (ci-dessus p. 244) que « le libellé du règlement se justifie en entier par les nécessités de l'ordre public. »

La jurisprudence a-t-elle cependant précisé cette notion si vague d'ordre public qu'elle invoque sans cesse ? A-t-elle épuisé le pouvoir discrétionnaire que récite ce terme susceptible de tant d'interprétations aussi légitimes l'une que l'autre ?

Les arrêts rendus en la matière ne disent pas ce qu'il faut entendre par ordre public. Les conclusions des commissaires du Gouvernement, elles-mêmes, ne donnent que des indications assez vagues, surtout négatives, qui indiquent seulement la complexité de l'appréciation qui devra être faite.

« Il n'est pas nécessaire que la mesure de police soit justifiée par des troubles déjà survenus, des faits positifs, il suffit qu'elle vise de façon précise des faits éventuels.... que le fait prohibé par l'acte attaqué soit susceptible, d'après l'expérience passée, d'après des analogies de circonstances, d'amener des troubles ou simplement de regrettables contre-manifestations » dit M. CORNEILLE.

Mais un motif de style ne suffit pas à légitimer la prohibition. Les arrêts récents spécifient qu'il faut un motif *précis*,

tiré de la nécessité de maintenir l'ordre public, (Jacques 12 Juillet 1927, Leprou 20 Juillet 1927).

Ce seraient là des indications bien incertaines si la jurisprudence ne les avait complétées en indiquant ce que le juge considère, dans une catégorie d'hypothèses déterminées, comme étant l'exigence de « l'ordre public ». Mais celui-ci conserve lui-même une indétermination qui est son dynamisme propre, et cette réserve n'est pas platonique, puisqu'elle permet de fonder des exceptions aux règles édictées, voire même de les modifier. Elle conserve à toute cette jurisprudence sa souplesse et sa faculté d'évolution.

Le laconisme des arrêts à l'égard de la notion d'ordre public toujours invoquée, jamais commentée, s'explique par l'impossibilité de fixer, de figer une fois pour toutes, ce qui exprime les droits et les exigences de la vie collective. Toute définition, ici, ne peut être que sujette à révision : il faut conserver intact ce qui demain fondera les changements, les exceptions nécessaires. Il faut que l'autorité qui peut invoquer l'ordre public, ait pour cela un pouvoir discrétionnaire, que le terme qui fonde sa compétence ne soit pas défini et par là même immuable. Le juge peut bien, dans un but de garantie sociale, retirer à l'administrateur son pouvoir discrétionnaire, il ne saurait le détruire, et c'est pourquoi ses arrêts n'indiquent que les règles normales d'usage d'un pouvoir dont elles ne tarissent pas la source. C'est là un phénomène que nous avons déjà rencontré dans la matière du détournement de pouvoir et qui reparaît ici combiné avec l'édition de présomptions (ébauchant le procédé du *catalogue* que nous préciserons plus loin), qui assurent toute la certitude et la sécurité compatibles avec les exigences de la vie publique.

La jurisprudence établit comme une première couche de règles pour assurer la sécurité de la vie normale, mais elle ne prétend pas avoir épuisé les conséquences du principe dont elle a déduit ces règles, elle affirme constamment que l'ordre public, toujours réservé dans les arrêts, permet d'abroger et de déroger.

III. — Les Droits économiques.

129. La jurisprudence a dû trancher, à côté des conflits relatifs aux intérêts moraux des citoyens, les conflits relatifs à leurs intérêts matériels. Devant les abus de l'initiative privée, cédant à la pression de leurs électeurs et à l'influence des doctrines interventionnistes, les municipalités avaient tenté dès la fin du XIX^e siècle, de donner une portée nouvelle aux art. 97 et suivants de la loi de 1884 et à l'art. 3 titré 11 de la loi du 24 Août 1790 chargeant le maire de veiller à la salubrité des denrées, à la sincérité de leur débit. Elles réglementaient l'activité économique des citoyens, en même temps qu'elles tentaient de créer elles-mêmes des entreprises commerciales ou industrielles communales.

A vrai dire, les textes n'étaient pas absolument rebelles à cette nouvelle interprétation : incompatible avec l'autorisation de combats de boxe, ainsi que devait le juger bien plus tard le Conseil d'Etat (Club Chalonnais, 7 Novembre 1924), l'ordre public (1) était peut-être aussi incompatible avec la vente de la viande en dehors d'emplacements désignés par l'Administration. Rien, dans les textes que nous venons de citer, ne paraissait s'opposer à ces déformations extensives.

De très bonne heure pourtant, le Conseil d'Etat affirme que les pouvoirs de l'Administration doivent être confrontés avec les droits individuels. Limitant les textes qu'invoquait l'Administration par un autre texte, la Haute Juridiction rappelle la loi des 2-17 Mars 1791, art. 7 « Considérant que le maire devait concilier les nécessités de l'ordre public avec le respect de la liberté du commerce et de l'industrie consacrée par la loi des 2-17 Mars 1791 ».

A vrai dire, la conciliation proprement dite, celle qui sauvegarderait les deux lois en leur assignant des domaines différents, est impossible, puisque les deux textes ont et le même domaine d'application et des tendances contraires. Les intérêts

(1) Voir pour une tentative tendant à préciser ce terme J. LAFFERRIÈRE, p. 34 et suiv.)

en présence ne concordent pas plus que pour le repos hebdomadaire. Lorsqu'on interdit aux débitants d'avoir des rideaux opaques (voir ci-dessous l'arrêt Juvenon du 19 Mai 1905) on sacrifie, pour eux, la liberté du commerce et de l'industrie, à l'ordre public (1), et inversement, lorsqu'en leur permettant de recevoir dans leur arrière-boutique des filles publiques (11 Mars 1925 Vanlaer et 17 Décembre 1909 Chambre Syndicale) on leur laisse pratiquement la possibilité de favoriser la prostitution, on sacrifie l'ordre public à la liberté du commerce et de l'industrie.

Concilier deux lois que leur interprétation extensive oppose, deux nécessités sociales qui agissent en sens contraire, c'est dire qu'on sacrifiera alternativement l'une à l'autre dans une mesure qui reste à déterminer par le prétendu conciliateur qui est en réalité arbitre des textes en présence. Ses sentences seront, pour ainsi dire, « des jugements de Salomon », et ceux-ci relèvent de la libre sagesse des rois plus que de l'obéissance impersonnelle des juristes.

La tâche de l'arbitre se complique encore par le fait que les deux textes en présence ne sont pas sur pied d'égalité au point de vue d'une interprétation exégétique : une fois admise la possibilité d'une contrariété entre eux, il faut recourir pour trancher ce conflit à une règle classique d'interprétation : « Lex posterior derogat lege priore ». Partout où elle est incompatible avec la loi de 1791, la loi de 1884 l'abroge, et tout se ramène alors à savoir dans quelle mesure cette incompatibilité existe. De quelle extension le domaine de l'ordre public est-il susceptible par rapport à celui de la liberté du commerce et de l'industrie ? C'est là une question qu'on ne peut, le plus souvent, résoudre avec les seules ressources de la loi.

Il faut ajouter à celle-ci une conception générale de la vie économique, qui ne saurait être exclusivement empruntée à l'un des textes en présence puisqu'elle doit les dominer tous deux. Ce n'est donc nécessairement pas la loi de 1791, affir-

(1) « On ne peut guère concevoir un arrêté de police qui n'ait pas pour conséquence de porter quelque atteinte aux droits des individus. Ces atteintes ne sont légitimes qu'autant qu'elles sont commandées par l'intérêt général et exactement proportionnées aux nécessités en vue desquelles elles sont ordonnées. (MORGAND, I, p. 711).

mation du législateur révolutionnaire, désormais inexacte dans sa généralité, qui constitue le pivot de la jurisprudence administrative — mais un article essentiel de ce qu'on considère comme notre « constitution sociale », le principe de la liberté individuelle qui inspire et anime le Conseil d'Etat. A travers le droit écrit, s'affirme ainsi ce que le *juge tient* pour la charte fondamentale de notre vie politique et économique. Le pouvoir de l'arbitre conciliateur ressort ici à nouveau.

Mais le Conseil d'Etat qui avait assumé ce rôle dans un but de garantie des droits individuels et d'unification du régime de police, a senti que son effort manquerait son but si les décisions à intervenir n'étaient pas accompagnées de motifs permettant de prévoir ce que serait, dans un litige semblable, la solution jurisprudentielle. En même temps qu'il s'empare du pouvoir discrétionnaire, le Conseil d'Etat s'efforçait ici de le réduire en se liant lui-même pour l'avenir.

Dans ce but il a voulu substituer le plus possible, l'arrêt de principe à l'arrêt d'espèce. Alors que pour certaines matières le Conseil d'Etat n'est intervenu qu'en ramassant la formule de ses arrêts, se bornant à dire qu'il résulte de l'instruction que l'auteur de la décision attaquée « a violé la loi » ou « n'a pas excédé ses pouvoirs » — la Haute Juridiction prend soin ici d'indiquer très précisément *en quoi* a consisté l'excès de pouvoir.

Pour fixer sa jurisprudence le Conseil d'Etat a employé deux procédés successifs : l'énoncé de ses principes directeurs, la rédaction d'un « catalogue » des pouvoirs réglementaires.

Le premier procédé ajoute à la directive donnée par le législateur lorsqu'il emploie les mots « ordre public » « salubrité publique » etc..., des directives supplémentaires qui tendent à combler l'écart entre le droit si vague et la complexité des faits. Telles seront par exemple : la distinction des mesures nécessaires pour rendre possible le contrôle d'une certaine activité, qui sont permises, et de l'interdiction de cette activité qui ne saurait être prononcée ; ou encore l'opposition du but à atteindre que l'Administration peut prescrire, et du choix des moyens pour y parvenir, qu'elle doit laisser aux citoyens.

Mais les principes dont s'inspire ainsi constamment le juge demeurent eux aussi très généraux : il faut encore, pour les appliquer aux faits d'une espèce, chercher quelle est la solu-

tion qui tient le mieux compte des considérations en présence, qui, dans les limites assez incertaines qui viennent d'être tracées, est la plus opportune. C'est là une nouvelle étape nécessaire pour concrétiser la règle juridique, un nouvel enrichissement du droit par la considération des faits. Mais une fois adoptée dans un cas particulier, la solution jurisprudentielle demeure, elle constitue un précédent auquel les parties et le juge se référeront dans les litiges postérieurs. Une coutume jurisprudentielle naît, une véritable législation secondaire apparaît. La jurisprudence évolue ainsi vers le procédé du *catalogue* : de par leur insertion dans les arrêts, les solutions d'espèce acquièrent une valeur générale, elles se détachent des circonstances particulières dont elles sont nées, la conclusion d'un examen du fait est érigée en droit.

Mais ce droit lui-même est provisoire : si « le roi (ou le Parlement), ne peut mal faire » le juge, lui, peut ne plus avoir raison ; ses règles sont sujettes à révision. La solution d'un litige passé n'est jamais qu'une présomption de solution semblable pour le litige présent, elle ne vaut que s'il y a une certaine constance dans les faits, une certaine analogie dans les situations. La règle de droit jurisprudentielle comporte toujours la clause « *rebus sic stantibus*. »

L'appréciation des faits nous apparaît, ici, plus nettement peut être encore qu'ailleurs, dans deux phases successives :

a) Examen des faits pour édicter la règle jurisprudentielle qui paraît sage d'une manière générale ;

b) Examen des faits propres à une espèce qui pourraient motiver une dérogation à la règle.

Ces deux examens seront du reste le plus souvent dissociés dans le temps : ils auront été faits à propos de litiges différents, et ceci facilitera encore la cristallisation des solutions apportées, l'élaboration du catalogue jurisprudentiel.

130. Il serait fort intéressant de dresser la liste des restrictions valables à la liberté du commerce et de l'industrie. Ce catalogue, moins étudié par la doctrine que celui des mesures licites concernant la propriété immobilière (voir ci-dessous), aurait besoin d'être fixé, précisément parce qu'il est épars à travers de très nombreux arrêts.

Une telle entreprise sortirait manifestement des cadres de notre étude. Nous n'examinerons que quelques exemples pour illustrer le rapport du droit aux faits, dans cette matière, et la technique qui concilie les intérêts en présence.

On peut résumer ainsi les directives générales dont le Conseil d'Etat s'inspire au sujet de la liberté du commerce et de l'industrie :

1) L'Administration ne peut, en principe, supprimer une activité déterminée ni interdire certains actes (1).

2). Mais elle peut prescrire aux particuliers, les mesures nécessaires pour assurer le contrôle de cette activité, réduire ses inconvénients, concilier sa continuation avec les intérêts publics en jeu. Les mesures ainsi prescrites sont légales, même si elles entraînent un trouble pour les administrés. Mais le trouble causé (ce n'est là qu'un aspect de la première règle) ne doit pas aller jusqu'à rendre pratiquement impossible une activité réglementée et on ne saurait, sous prétexte de contrôle, enlever aux citoyens l'usage de ce qui est leur bien ;

3) Si l'autorité peut, sous ces réserves, prescrire aux administrés le but à atteindre, elle ne doit pas choisir entre les moyens de réaliser ce but, elle doit laisser aux particuliers le bénéfice de la « liberté d'indifférence » dont parlaient les scholastiques.

4) Toutes ces règles peuvent être mises en échec dans un cas particulier, lorsque les circonstances l'exigent. On présume que les pouvoirs résultant, pour l'Administration, de la deuxième règle, correspondent aux nécessités de l'ordre public : s'ils dépassent ces nécessités ils doivent être réduits, s'ils ne leur suffisent pas, ils peuvent être augmentés.

Il s'agit bien, on le voit, d'un arbitrage qui, en présence des intérêts opposés, détermine la part de sacrifice qu'on peut exiger de chacun. Quels seront ces sacrifices dans des cas concrets: ?

(1) Il faut assimiler à l'interdiction l'exigence d'une autorisation préalable qui ne peut résulter que du classement dans la catégorie des Etablissements insalubres. (Riverain 5 Juin 1908, Lamarthonie, 20 Mai 1904, Neualhier, 15 Juin 1901. Voir J. LAFERRIÈRE, p. 113 et suiv.)

A) L'objet le plus ancien de la réglementation municipale a peut-être été cette partie de la vie économique qui se déroule *sur la voie publique*. Recherchons l'action des différentes directives ci-dessus distinguées.

a) Le maire ne peut interdire la circulation des charrettes chargées de bois, (Castillon du Perron, 19 Juin 1913) (1^{ère} règle) mais il peut limiter le nombre des voitures de location en circulation (7 Décembre 1888 Ponthas), Idem Hoang Kim Bang (23 Décembre 1921 pour les pousse-pousse) et même dans certaines circonstances leur imposer un tarif déterminé (9 Août 1893 voitures de place) (2^e règle) sans pouvoir aller jusqu'à leur imposer un certain modèle de taximètres (21 Février 1899 Syndicat des entrepreneurs de voitures, Mehaigun Mouron 11 Mai 1928) (3^e règle). Il peut cependant leur imposer un appareil de contrôle *intérieur* (Labret 30 Mars 1928 (2^e règle). Chargé d'assurer la loyauté des transactions, le maire peut aussi prescrire aux boulangers livrant à domicile, de se munir d'une balance, il ne saurait leur en dicter le type (Chenier 26 Novembre 1926). Il peut aussi fixer la forme des voitures, (4 Août 1902 Chambre syndicale entrepreneurs de transport en vins), réglementer les conditions de transport des peaux sèches des tanneries (Georget 1^{er} Décembre 1919), (2^e règle).

b) Il peut aller plus loin et, en cas de besoin, imposer une *gêne* certaine aux administrés, à la condition que celle-ci ne constitue pas un empêchement absolu ; on pourra interdire le passage des bœufs dans une localité, si cela n'implique pas pour ceux qui les mènent un trop grand détour. (Lefort 12 Juillet 1895) ; interdire le passage d'un boulevard ou d'une voie publique, à condition de ménager alors un autre passage (Mis 5 Août 1921) (1^{re} et 2^e règles) ; on peut interdire à Paris, (Entrepreneur de fêtes, 5 Novembre 1929), entre 14 et 19 heures, dans certaines voies, la circulation des voitures trop encombrantes, ou trop lentes ; « que les inconvénients qui peuvent résulter momentanément pour l'industrie des entrepreneurs aux expositions et fêtes de la réglementation édictée, n'excèdent pas ceux qui peuvent être légalement imposés aux particuliers en vue d'assurer dans la ville de Paris la circulation facile. » (2^e règle). Un arrêt du 12 Mars 1909 (Cibral) constate qu'il résulte des plans et photographies produites, qu'une certaine prome-

nade est tout entière réservée aux piétons, et que dès lors le maire a pu y interdire le passage des voitures à traction animale, malgré les réclamations des propriétaires riverains, mais il ne pouvait interdire le passage des voitures à traction humaine. Le maire d'une commune de montagne pourra (Carrier 13 Mai 1927) de même réglementer les ascensions, mais non exiger une déclaration préalable et la conduite d'un guide (3^{me} règle). Le Préfet d'Alger a pu (Souli Lubal 6 Décembre 1907) cantonner dans l'arrière-port les débarquements de charbon. De même (Transports automobiles, du 29 Juillet 1921), on ne peut fixer un poids maximum aux voitures, mais on pourra faire varier les vitesses permises en raison inverse des poids.

c) Les arrêts insistent souvent sur la nécessité d'une discrimination entre les intéressés, suivant la forme exacte de leur activité.

Un arrêt du 26 Octobre 1928 (Voies ferrées et Transports automobiles) s'inspirant des conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE, sous l'arrêt Mis du 5 Août 1921, admet qu'on peut imposer un dispositif de protection contre la boue aux véhicules de plus de 3.000 kilos. « Il appartient aux autorités disposant du pouvoir réglementaire, d'édicter en une matière déterminée, des règles différentes suivant le degré d'inconvénients ou de danger que sont susceptibles de présenter, en raison de leur nature ou de leur mode d'emploi, différentes catégories d'objets réglementés. »

Voir aussi : Renault 27 Juillet 1928, (les essais de châssis constituant un usage anormal de la voie publique avec inconvénients particuliers, peuvent être soumis à une réglementation particulièrement sévère).

Il est intéressant de rapprocher de ces décisions la solution d'un arrêt du 7 Mai 1926 (Sourisse) qui montre bien l'examen précis des inconvénients réels dans un cas concret : pour prévenir les dangers d'incendie, le maire pouvait, étant donné la disposition du quartier balnéaire de Pornichet, interdire l'emploi du carton bitumé pour la construction des immeubles, mais non prohiber l'emploi de bois nu pour la toiture et les murs.

Nous retrouvons avec tous ces arrêts qui précisent les mesures vraiment nécessaires ou indiquent, comme l'arrêt Mis, les mesures compensatrices qui doivent être prises — l'évolu-

tion déjà signalée du contentieux de l'annulation vers le contentieux de la réformation.

d) Mais en considérant ainsi les faits dans une situation déterminée, le Conseil d'Etat est conduit à admettre qu'ils peuvent légitimer une dérogation aux principes qu'il applique normalement (4^e règle) :

Platrières de Bagnolet 29 Janvier 1926 : « Dans les circonstances de l'affaire », la limitation du poids des voitures n'avait rien d'abusif (rapprocher ci-dessus Transports automobiles du 29 Juillet 1921) ; dans un cas particulier, étant donné l'état d'une passerelle, le maire a pu fixer un poids maximum aux voitures qui devaient traverser le cours d'eau (Vermot 1^{er} Juin 1923).

B) *L'abattoir* est, lui aussi, un des lieux où les initiatives municipales se heurteront le plus souvent aux intérêts des commerçants.

Un arrêt du 13 Janvier 1928 (Taris) délimite très nettement les pouvoirs municipaux : a) *impossibilité* de supprimer une industrie : « Considérant que s'il appartenait au maire de Bordeaux de prescrire toutes les mesures destinées à assurer la fidélité du débit et de chercher dans l'intérêt du consommateur, à prévenir par les moyens en son pouvoir la hausse fictive des cours, il n'a pu ordonner l'exposition obligatoire aux marchés, éliminant ainsi les commissionnaires (1^{re} règle) (comp. ci-dessous arrêt Lemarchand pour les regrattiers ; b) *possibilité* d'organiser un contrôle, une vérification : « si l'obligation d'apporter les viandes foraines au marché d'H... en vue d'y être visitées, peut être de nature à causer une certaine gêne au réceptionnaire, le sieur T. n'établit pas qu'à Bordeaux la présentation de ces viandes aux agents vérificateurs, dans un local déterminé, ne soit pas nécessaire pour le fonctionnement dans des conditions satisfaisantes du service de l'inspection sanitaire ».

De même l'interdiction de sortir un animal vivant de l'abattoir est normalement une atteinte au droit de propriété, (Baudin 6 Juin 1928, Idem Guérard 28 Novembre 1913, pour la viande de cheval) (1^{re} règle). Le maire pourra prescrire l'estampillage et l'inspection préalable à l'enlèvement de la bête (2^{me}

règle), mais non un préavis de 3 heures avant l'abatage, (Buet 8 Août 1919).

Voir encore, pour une énumération assez détaillée des pouvoirs du maire : Bouchers de Vire 5 Mars 1915, Marchands de poissons du Tréport et de Dieppe 6 Février 1923 : on pourra prescrire une inspection préalable à la vente, mais non fixer le lieu de l'inspection ou interdire la vente à bord des bateaux. Idem pour la vente de la viande dans des locaux particuliers, (Paul David 17 Février 1905) ; dans d'autres circonstances cependant (gêne moins grande pour les administrés sans doute) la fixation d'un emplacement, pour la visite sanitaire, devient licite (5 Décembre 1919 Chambre Syndicale des Facteurs de Bordeaux).

Un arrêt du 21 Juillet 1916 (Berlière) indique aussi très bien comment les directives du Conseil d'Etat repartissent entre les parties la *charge de la preuve* quant à la nécessité des mesures litigieuses. « Considérant qu'il n'est pas établi par l'instruction que l'examen sanitaire des viandes à la lumière artificielle soit absolument impossible » (1). Inversement « il n'est pas établi que l'interdiction absolue d'introduire des pièces détachées soit essentielle à la salubrité publique. » En d'autres termes il appartient aux particuliers de prouver que le contrôle exercé est excessif, à la municipalité de prouver que l'interdiction était nécessaire.

Mais aucune de ces preuves n'est impossible (4^{me} règle), c'est ainsi que dans un arrêt Triste du 3 Décembre 1913, on constate qu'il n'était pas nécessaire d'interdire l'introduction d'animaux dans l'abattoir après 21 heures (ce n'est pourtant là qu'une mesure de contrôle).

Inversement l'interdiction de s'approvisionner auprès de certains fournisseurs (regrattiers) peut devenir légitime. « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le maire de Rennes n'a pris ces dispositions (interdiction aux bouchers de s'approvisionner dans certaines halles) que dans l'intérêt général des habitants, et en vue d'assurer l'approvisionnement des consommateurs ; qu'il n'a fait ainsi qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 97 de la loi du 5 Avril 1884, et

(1) Id. Métropolitain 4 Février 1911 : « La compagnie ne démontre pas qu'il soit possible de surveiller autrement l'échauffement des moteurs ».

n'a point porté une atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie (Lemarchand 22 Décembre 1905). Mais il faut que l'interdiction soit absolument nécessaire : Seecher 31 Juillet 1908 « si le maire peut, en vertu des pouvoirs que lui confère l'art 97 de la loi du 5 Avril 1884, prescrire les mesures d'inspection destinées à assurer la salubrité de la viande, il n'est pas établi que l'interdiction absolue d'introduire des poitrines de porc soit essentielle au maintien de la santé publique ; que dès lors le maire ne peut prononcer cette interdiction sans excéder ses pouvoirs et sans violer le principe de la liberté du commerce inscrite à la loi du 2-17 Mars 1791. » (On notera dans la rédaction de ces derniers arrêts que la liberté du commerce et de l'industrie est seulement *inscrite* dans la loi de 1791, et qu'il y a, a contrario, des « atteintes légales » à celle-ci).

C) Les *débîts de boissons* devaient être l'objet d'une réglementation particulièrement détaillée. Comme le dit M. le Commissaire du Gouvernement ETTORI dans ses conclusions sous l'arrêt Syndicat d'Initiative de Tourette du 26 Décembre 1930 (R. D. P. 1931 p. 333) « par leur nature les débîts de boissons sont des lieux de trouble éventuel de l'ordre public ». Celui-ci emprunte la voix de la morale pour se faire particulièrement exigeant. Comment concilier ces droits de la morale publique, de la tranquillité collective, avec les intérêts matériels des commerçants, et la liberté des consommateurs ?

On pourra tout d'abord, selon M. ETTORI, instituer un régime d'autorisation préalable sous un contrôle juridictionnel étendu. On pourra aussi pour les débîts existants, interdire à leurs tenanciers (Vanlear 11 Mars 1925), l'usage des rideaux opaques (2^{me} règle) mais on ne pourra leur interdire de recevoir des clients, dans une salle du fond, sans ouverture sur la voie publique (1^{re} règle).

On ne saurait leur interdire de faire servir par des femmes étrangères à la localité, (19 Février 1904, Laporte), mais on pourra organiser la surveillance de ce personnel. (Juvenon 19 Mai 1905) « Considérant qu'en exigeant des débitants, par l'article 4, certaines déclarations d'identité relatives au personnel attaché à leurs établissements, et en prohibant par l'article 7 l'emploi dans la devanture des débîts, de rideaux ou

carreaux opaques, et en général, de tous objets en ce genre pouvant cacher ou rendre obscur l'intérieur de ces débits, le maire de la ville de Grenoble n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'intérêt du maintien du bon ordre et de la moralité publique ».

Au sujet de la clientèle des marchands de vins, un arrêt du 17 Décembre 1909 (Chambre syndicale) décide qu'un maire peut interdire aux débitants de recevoir des filles publiques qui viennent se livrer à la prostitution (4^{me} règle) mais qu'on ne saurait leur interdire de recevoir habituellement des souteneurs ou des prostituées, cette disposition empruntée à une ordonnance de 1778 ayant été abrogée par la loi du 12 Juillet 1905. Le Préfet de Police pourra encore réglementer la vente des spiritueux (2^{me} règle) (Marchands de vins de Paris, 27 Juin 1919).

Le Conseil d'Etat approuvera enfin la fermeture d'un débit s'il constate l'existence de certains faits de prostitution (Debysche, 11 Janvier 1918, Sigrand 14 Juin 1918) ou le danger encouru par l'ordre public : (Belard ben Ahmed, 22 Février 1918) (4^{me} règle).

Comp. pour l'examen par le juge du véritable caractère d'un institut de beauté : Dame Bouzid, 16 Mars 1917 ; pour l'interdiction des maisons de passe : Laugier, 11 Avril 1913.

Enfin il est curieux de citer au sujet des débits de boissons un arrêt du 3 Août 1927 (Gross) rendu à propos de la loi allemande, applicable en Alsace-Lorraine, qui exige un besoin réel de la population pour l'ouverture d'un nouveau débit. Le Conseil d'Etat vérifie l'existence de ce besoin réel. (La compétence du juge pour cette vérification avait été longtemps discutée par la doctrine allemande).

D) D'autres établissements encore, tous ceux notamment qui étaient susceptibles d'attirer dans la commune des malades et des miséreux, ont subi sans doute pour des raisons moins louables, la sévérité des municipalités.

Un arrêt du 11 Février 1912 (Montlivault) décide qu'un maire ne saurait ordonner la fermeture d'un asile de nuit (1^{re} règle), mais qu'il peut ordonner les mesures nécessaires à l'hygiène et à la sécurité publiques (2^{me} règle). Id. à propos d'un asile de lépreux, sous réserves de circonstances particu-

lières (Noualhier 18 Mars 1898) ; à propos de l'élevage de pores, lapins et volailles à Menton (dame Marteau 5 Novembre 1920), à propos d'une clinique (Loiselet, 15 Décembre 1922), d'une garderie d'enfants, (4 Mai 1906, Robert).

E) Mais, nous l'avons déjà indiqué, il y a des cas où les circonstances peuvent légitimer des dérogations aux principes ci-dessus dégagés. Il faut insister sur la généralité de ce principe pour montrer qu'il y aura toujours, si le requérant le demande, un examen du fait qui permettrait de revenir sur la règle établie.

a) C'est ainsi qu'aux colonies, les pouvoirs administratifs sont toujours plus étendus qu'en France. Le gouverneur peut (Compagnie de Koulon Ware, 16 Novembre 1925), limiter le nombre des travailleurs embauchés par une société et fixer leurs salaires ; refuser un permis de chasse (Ajax-Saint-Clair, 7 Mars 1924), pour entraver une trop rapide destruction des éléphants, etc. (Voir aussi pour l'extension des pouvoirs qu'entraîne l'existence d'une épidémie de peste : Roubélet, 25 Novembre 1925).

b) Dans la métropole elle-même, le maire peut parfois (Cestier, 17 Novembre 1899) *interdire* la vente des marchandises dans les foires, si le bon ordre l'exige véritablement. Celui-ci pourra encore motiver la fermeture d'un bal (7 Août 1911, Dasque) mais il y aura lieu de vérifier la réalité des troubles allégués. (Idem Neveux Roux 2 Août 1912). Rapprocher Gay, 28 Juillet 1905 : des circonstances particulières à la ville de Marseille ont légitimé une réglementation plus sévère de la prostitution.

En cas d'épidémie des mesures exceptionnelles pourront être prises pour l'inspection des écoles (Claudon 5 Mai 1899).

De même dans certains cas la *taxation* des denrées pourra devenir licites : (Delacour 29 Juin 1928), « Considérant que la taxation de la viande ne peut être regardée comme une mesure de police ayant pour objet d'assurer la tranquillité publique, que si elle intervient dans les circonstances exceptionnelles où cette tranquillité risquerait d'être troublée par le libre exercice de la boucherie, et pour le temps pendant lequel ces circonstances se maintiendraient, qu'au moment où sont inter-

venus les arrêtés attaqués, de telles circonstances n'existaient pas. » (Voir aussi Goyer 11 Avril 1924).

Le maire pourra, étant donné la pénurie, consécutive à la guerre, de certaines denrées, prescrire la fermeture pendant deux jours par semaine des commerces utilisant ces denrées. (Confiseurs et Pâtisseries des Alpes-Maritimes 27 Juin 1924) ; le maire pourra de même interdire toute exportation de lait avant que l'alimentation de la population communale n'ait été assurée (Laitiers d'Hyères 6 Juillet 1923) ; prescrire, à Strasbourg, la pasteurisation obligatoire du lait (Mayer 6 Mars 1925) ; il ne pourra toutefois exiger que cette pasteurisation s'effectue à Strasbourg même. « Il résulte de l'instruction que cette mesure qui cause une gêne considérable aux marchands forains n'est pas nécessaire pour assurer l'observation des mesures d'hygiène prescrites par l'arrêté. » Voir aussi pour la fixation d'un taux d'écramage : 13 Novembre 1915 (Commerçants de lait de la Gironde).

Des circonstances exceptionnelles permettraient de même l'allocation, normalement illicite, de subventions aux entreprises privées sous forme de remboursement de droits d'octroi (Arbel 25 Novembre 1927) ; ou encore des mesures de rigueur contre les chiens errants (21 Février 1919, Société protectrice), alors que (19 Mars 1920), dans des circonstances moins graves, le maire ne pourra prescrire l'abattage de ces chiens, mais seulement, pour tous les chiens, le port d'une muselière.

Parfois le maire pourra empiéter sur les propriétés privées, prescrire des travaux dans une carrière abandonnée, (Barrier 9 Mars 1906). Un arrêt du 27 Mars 1925 (Publicité Boreau) lui permet, étant donné les dangers d'orage, d'interdire l'apposition d'affiches sur des poteaux riverains de la voie publique, mais situés sur des propriétés privées.

La liberté du choix des moyens pour l'administré cesse elle-même, là où certaines règles sont indispensables à l'efficacité du contrôle prescrit. Larguillier 25 Mars 1885. Le préfet a pu, dit M. le Commissaire du Gouvernement GOMEL, fixer la dimension des boîtes à ordures, car il n'a eu « pour but que d'assurer la salubrité des récipients et leur prompt déversement dans les tombereaux chargés de l'enlèvement. » (Id. Propriétaires d'Alger 10 Juin 1921). Dans ces cas la municipalité n'a fait que choisir ici un modèle, mais elle peut encore par-

fois aller plus loin. (Roux Bontanez 13 Janvier 1928) : le maire pourra enjoindre une mesure précise, enlèvement d'un barrage, à un propriétaire pour faire cesser la stagnation de certaines eaux, s'il n'y a pas d'autres moyens d'aboutir à ce résultat. » (Comp. Beaujour 7 Mai 1886. Le Conseil d'Etat s'est d'ailleurs trouvé dans ce cas en désaccord avec la Cour de Cassation J. LAFERRIÈRE p. 148).

Ainsi pas une seule des délimitations normales entre les droits individuels et les nécessités de l'ordre public, qui soit invariable ; la réserve des exigences collectives demeure toujours inscrite dans les arrêts : les principes résultent de l'examen du fait, mais n'en dispensent pas pour l'avenir.

131. Nous retrouvons les mêmes procédés, les mêmes principes, là où il s'agit de concilier les nécessités de l'ordre public avec le respect de la propriété immobilière. *L'ordre public* apparaît ici surtout sous l'aspect de la *salubrité* publique.

A côté de la loi de 1884 les municipalités invoquent un autre texte : l'art. 1^{er} de la loi du 15 Février 1902, qui invite les maires à établir un règlement sanitaire communal contenant « les prescriptions destinées à assurer la salubrité des maisons et de leurs dépendances, des voies privées... des logements loués en garni et des autres agglomérations quelle qu'en soit la nature, notamment les prescriptions relatives à l'alimentation en eau potable ou à l'évacuation des matières usées. » Comment fallait-il entendre les exigences de cette « salubrité publique ? »

La loi de 1902 avait manifestement entendu opérer un renversement de valeurs, rendre primordiaux les intérêts de la salubrité publique (voir note de M. HAURIOU sous l'arrêt Marc S. 09-3-113) mais s'ensuivait-il que la propriété immobilière bâtie était désormais abandonnée à la discrétion des hygiénistes ? Qui devrait dire le maximum du sacrifice imposable au propriétaire, le minimum d'importance en deça duquel l'intérêt de la salubrité publique n'était pas invoquable ?

Le Conseil d'Etat avait toujours protégé la propriété immobilière contre l'arbitraire administratif. (Voir sur la jurisprudence administrative antérieure à la loi de 1902 et sur la jurisprudence de la Cour de Cassation J. LAFERRIÈRE p. 142 et 175 ;

pour les *critiques* adressées à cette jurisprudence par certains inspirateurs de la loi de 1902). C'est pour défendre cette propriété contre la liberté des préfets devenus autonomes, qu'il a, sous le Second Empire, élargi la technique de ses recours ; c'est pour maintenir la distinction de l'alignement et de l'expropriation qu'il a, peu de temps après, étendu ses examens du fait.

La règle du choix des moyens laissée à l'administré pour atteindre le but prescrit, étudiée ici à propos de la liberté du commerce et de l'industrie, s'applique aussi aux travaux accomplis à l'intérieur des immeubles (Augier 23 Décembre 1892, Lebourg 3 Mars 1905) : le maire ne peut fixer les conditions d'exécution, les matériaux et le mode d'emploi, des installations électriques à l'intérieur des habitations, ni soumettre leur mise en service à une vérification préalable et à l'acquittement d'une taxe.

La loi du 17 Juillet 1894 sur l'obligation du tout à l'égout, à Paris, avait entraîné une suite de conflits entre l'Administration préfectorale et les propriétaires (voir sur l'historique de ce duel contentieux, J. LAFERRIÈRE p. 155 et suiv., BIDAUX p. 401 et suiv.), et le Conseil d'Etat avait rendu plusieurs arrêts (Boucher d'Argis 1^{er} Mai 1896 et 9 Mars 1900) pour délimiter, les pouvoirs administratifs et les droits des particuliers (1).

En généralisant la possibilité de ces conflits, la loi de 1902 elle-même créait pour les mesures individuelles d'assainissement une procédure contentieuse de pleine juridiction aboutissant au Conseil d'Etat et lui conférant les pouvoirs les plus étendus pour l'examen du fait (v. par ex. Boyart Duprés 27 Février 1925, Antoine 25 Janvier 1928, et n° 148 b chap. XII).

Mais le maire peut, indépendamment des procédures individuelles, fixer dans un règlement les dispositions auxquelles les propriétaires d'immeubles seront désormais tenus de se conformer sous peine d'encourir les sanctions de l'art. 471, parag. 15 du Code Pénal. « Les citoyens ont le plus grand

(1) Ces deux arrêts illustrent encore l'équivalence fréquente du contentieux de la réformation et du contentieux de l'annulation : le second des arrêts préfectoraux, n'a pratiquement fait que reprendre les considérants de l'arrêt d'annulation du premier arrêt préfectoral, considérants qui indiquaient quelles auraient été les dispositions licites.

intérêt à faire trancher par la voie du recours pour excès de pouvoir la question de la légalité des dispositions douteuses des règlements sanitaires » dit M. TEISSIER. Cet intérêt allait-il être sacrifié ?

Le Conseil d'Etat ne l'a pas voulu ; ici encore il est intervenu avec des pouvoirs accrus. Si la loi de 1902 doit s'appliquer aux immeubles déjà construits, si elle a élargi les pouvoirs municipaux, on ne saurait cependant admettre que « les maires vont se trouver investis de pouvoirs absolument arbitraires en matière de police sanitaire, et qu'ils pourront librement insérer dans leurs règlements les dispositions les plus fantaisistes et les plus attentatoires du droit de propriété. » (Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement TEISSIER sous l'arrêt Marc de 1908).

« Vous aurez donc à rechercher si les maires n'ont pas fait un usage abusif des pouvoirs à eux dévolus dans l'intérêt de la santé publique et si les dispositions des règlements sanitaires ne sont pas contraires à quelque principe de droit public, ou à quelque droit privé particulièrement respectable. Fréquemment cette recherche sera chose difficile et nécessitera un *dosage méticuleux des sacrifices* qu'on peut demander aux droits individuels, et spécialement à la propriété dans l'intérêt de l'hygiène bien entendue, de la collectivité.

« Ce *dosage fort délicat* il va de soi que vous le ferez beaucoup plus largement, dans le sens de l'étendue des droits de l'Administration, en ce qui concerne les prescriptions relatives aux maisons à bâtir qu'en ce qui concerne les maisons existantes. » La notion du « respect dû aux situations acquises » intervient ici « pour tempérer les ardeurs quelque peu excessives de certains hygiénistes farouches. »

Il ne s'agit pas ici d'une *conciliation* entre deux droits contradictoires, celui de la collectivité et celui du propriétaire, conciliation qui, si elle était possible, permettrait de parler d'une *interprétation* des lois. Il s'agit, comme l'indique très justement M. TEISSIER, de « doser les sacrifices » qu'on imposera à chacun des deux droits contraires que la loi pose successivement, sans restriction, aucune ni d'un côté ni de l'autre. Mais arbitrer le conflit des droits contraires, ce n'est plus dire le droit c'est le créer.

Aussi M. TEISSIER ajoute-t-il : « Et dans cet ordre d'idées,

il faut bien le reconnaître, votre mission apparaît plus comme un contrôle *administratif supérieur exercé a posteriori en la forme judiciaire que comme un contentieux* à proprement parler, dans le sens ancien et étroit du mot. » Le Conseil d'Etat affirme bien ici qu'il est plus qu'un juge.

Mais afin de créer cette sécurité, cette certitude et cette précision de la règle de droit qui sont la raison d'être de son intervention, afin que « le contrôle a posteriori » puisse valoir pour l'avenir, la Haute Juridiction devra donner à ses arrêts une rédaction aussi détaillée que possible, afin qu'on puisse connaître d'avance les prescriptions qui pourraient être licites.

La vigueur du droit jurisprudentiel dépend pour une grande part de la rédaction des jugements. On retrouvera donc dans cette matière, les trois phases de l'activité juridictionnelle que nous avons distinguées à propos de la liberté du commerce et de l'industrie :

a) Elaboration de directives jurisprudentielles que la doctrine considère comme une interprétation de la loi, et dans laquelle il faut reconnaître le plus souvent la liberté créatrice du juge.

b) Application de ces directives aux cas concrets que présente la pratique, application qui dégage le *catalogue* des mesures pouvant être prescrites. Et cette matière était d'autant plus prédestinée au procédé du catalogue, que les circonstances, variant relativement peu d'une espèce à l'autre, favorisaient la généralisation des solutions adoptées. L'insertion des dispositions critiquées dans l'arrêté municipal les détache en quelque sorte de la complexité qui caractérise toute situation concrète.

c) Clause de révision permettant la confrontation dans un cas déterminé de ce catalogue avec les exigences de l'ordre public, pour voir s'il n'y a pas lieu de le modifier.

a) Les conclusions de M. TEISSIER posent des directives générales très claires : distinction des maisons à construire et de celles qui sont déjà construites ; pour les premières, application de toutes les mesures d'hygiène utiles en s'efforçant, le plus possible, de laisser aux propriétaires le choix des moyens tout en leur indiquant le but à atteindre. Pour les dernières, « pas de modifications dans le régime essentiel, dans l'économie

des propriétés bâties. » Mais cette règle souffrira une exception toutes les fois « qu'il s'agira de mesures dont la nécessité est absolument démontrée pour assurer la salubrité publique, notamment de travaux en vue de l'évacuation des matières usées et de l'alimentation en eau potable, » (arrêt *Marc*). Pour assurer l'une ou l'autre, on pourra donc, s'il est nécessaire, bouleverser l'économie d'une maison existante.

b) Ces directives générales une fois dégagées et reprises dans les considérants des arrêts eux-mêmes, le Conseil d'Etat accomplit une nouvelle étape : pour concrétiser les règles applicables, il confronte avec les principes posés chacune des dispositions du règlement municipal et statue ensuite sur leur validité. La décision qu'il prend alors permet de constituer le « *catalogue* » proprement dit qu'on retrouve dans de nombreux arrêts.

Nous n'en retracerons pas le détail, il n'ajouterait rien à l'intelligence des procédés employés qui ne diffèrent pas de ceux que nous avons déjà tenté de préciser à propos de la liberté du commerce et de l'industrie : le Conseil d'Etat se demande si la mesure est suffisamment utile et assez facilement réalisable pour pouvoir être *normalement* prescrite. Il décide ainsi que tel qu'un cube d'air déterminé, exigé dans les garnis, n'est pas excessif (Gavignot 5 Juin 1908, *Lebon* p. 269 in fine) ; qu'on peut imposer (Marc 10 Novembre 1916) la construction de cheminées en terre réfractaire, mais non exiger que des briques soient employées ; qu'on peut (Marc 5 Juin 1908) prescrire l'emploi d'un siphon automatique ou même (Mantois 22 Mai 1912) l'établissement de systèmes assurant le lavage complet et rapide de cabinets d'aisances, mais non celui d'une chasse d'eau qui entraînerait de trop importantes modifications ; qu'on peut interdire les dépôts de fumier, mais non ceux de gravois qui ne sont pas nécessairement menaçants pour la santé publique (Marc 1908).

c) D'autre part, dans une dernière phase de l'examen du fait, le Conseil d'Etat se demande si des circonstances particulières n'exigent pas en l'espèce le renversement des règles ci-dessus normalement applicables ; une nécessité absolue de la salubrité publique peut être constatée (voir pour la réserve de celle-ci Marc 5 Juin 1908, p. 626, à propos des art. 21 et

suivants du règlement). Le maire de Saint-Pierre les Elbeuf (Levavasseur 6 Août 1910) a pu valablement prescrire que serait seul autorisé sur le territoire de la commune, l'épandage des matières extraites des fosses des habitations de la commune), « qu'une pareille mesure, à raison des conditions particulières où se trouve la ville de... est justifiée par les nécessités supérieures de l'hygiène. »

C'est pourquoi les pouvoirs administratifs seront plus étendus aux colonies, la création d'un quartier dans lequel seront seules autorisées les constructions d'un modèle européen, est « une mesure nécessaire pour protéger la santé des européens et prévenir l'éclosion des épidémies sous l'influence du climat, les limites de cette zone ont été tracées en s'inspirant uniquement de l'intérêt général de la population européenne, on n'a pas imposé à la propriété privée de sujétions plus étendues que celles que comportait la saine application » de l'arrêté gubernatorial (Salle 4 Novembre 1925).

Inversement le requérant (Borel Bonhomme 11 Juillet 1913) justifie-t-il qu'il possède une quantité d'eau suffisante même sans se relier aux canalisations, on ne pourra lui imposer cette jonction habituellement obligatoire.

132. Les procédés employés dans la jurisprudence des droits économiques présentent donc une similitude marquée : ils impliquent la même extension des pouvoirs du juge et aboutissent au même développement de la réglementation jurisprudentielle, qui constitue l'originalité de ces matières. La technique des arrêts que nous venons d'examiner s'oppose bien à celle des décisions intervenues sur une allégation de détournement de pouvoir, ou même parfois, à propos de manifestations sur la voie publique. Le laconisme des uns contraste avec le développement des autres. Le juge qui respectait naguère le pouvoir discrétionnaire qu'il assumait, s'attache ici à le restreindre.

A l'ancienne division des matières discrétionnaires et des matières contentieuses, on voit ainsi se substituer une division entre matières où le Conseil d'Etat développe les motifs de ses arrêts et matières où il en condense volontairement l'expression. La différence des rédactions traduit celle des considérations politiques en jeu.

133. Mais dans *toute* la police municipale et quels que soient les procédés employés, le contrôle du juge, nous l'avons montré en citant le libellé des arrêts, dépasse le contrôle du détournement de pouvoir ; pour le caractériser des commissaires du Gouvernement différents, emploient dans des matières diverses, les mêmes expressions : « contrôle administratif exercé en la forme contentieuse » « rôle de supérieur hiérarchique. » Le Conseil d'Etat ne réserve donc plus de pouvoir discrétionnaire à l'Administration active.

On a cependant soutenu (voir chap. IV) que même ici, il y avait un contrôle de la légalité et non de l'opportunité : le Conseil d'Etat, dit-on, recherche si l'ordre public est menacé, parce que c'est la condition légale de l'intervention municipale : celle-ci n'est licite que là où elle est justifiée. Mais cette thèse dont nous avons déjà relevé les contradictions logiques (p. 112) doit admettre la disparition de toute liberté administrative.

Les défenseurs de celle-ci prétendent, en effet, que l'autorité est libre de ne pas user de ses pouvoirs, de ne pas interdire la manifestation menaçante, de ne pas assurer la disparition d'une cause d'insalubrité, que la réserve de l'opportunité subsistant ainsi pour elle, elle est libre de ne pas user du pouvoir légal ? Ceci est *juridiquement* inexact : le contentieux de la responsabilité montre (voir chap. XII) qu'il n'y a pas pour les municipalités, un droit à l'inaction ; un administré pourrait même, peut-être, attaquer pour excès de pouvoir le refus d'une municipalité de prendre une mesure nécessaire, que le requérant lui aurait suggéré. (Despujol 10 Janvier 1930).

Au surplus même si la technique des recours ne permet que difficilement une censure directe de l'inaction, la liberté qu'on voudrait déduire de là serait *politiquement* une étrange liberté ; si le maire ne peut faire que ce qui est nécessaire d'après la jurisprudence, sa prétendue liberté de ne pas le faire est la liberté de favoriser le désordre, l'insalubrité, la débauche : c'est la liberté de ne pas remplir sa fonction ; elle est insuffisante pour fonder une indépendance réelle du fonctionnaire.

Aussi a-t-on prétendu qu'en l'espèce l'Administration n'a pas de *pouvoir discrétionnaire* parce que la loi l'a déjà aboli ; la

police serait une matière de compétence liée. Mais les termes de la loi et la jurisprudence protestent, nous l'avons vu, contre cette thèse ; elle n'explique pas pourquoi les arrêts ne développent pas la notion d'ordre public, pourquoi ils dérogent si souvent à l'indication des précédents ; et il est vraiment impossible de soutenir que ce sont les lois de 1884 et de 1791, qui ont, d'une part interdit d'imposer un préavis de trois heures avant l'abatage d'une bête, d'autre part permis d'exiger l'estampillage et une inspection sanitaire avant toute sortie des pièces détachées.

L'indétermination légale a donc bien laissé à l'autorité exécutive un pouvoir discrétionnaire dont le juge s'est emparé, en pleine conscience des difficultés de sa tâche, en sentant ce qu'il y avait de « *méticuleux* » dans le « dosage » à faire, en reconnaissant que l'éloignement pouvait réduire son information à n'être « qu'un pâle reflet des animosités locales. »

Ce sont des raisons empruntées à la sagesse politique, et non à la logique juridique qui seules ont pu dicter cette attitude : des droits individuels impérieux réclament une sauvegarde, « au temps où les Français ne s'aimaient pas » suivant l'expression de BARRÈS, les minorités ne pouvaient avoir pour juges des majorités locales.

Le Conseil d'Etat qui se trouvait le plus souvent en face de pouvoirs conférés à des autorités décentralisées, est aussi resté fidèle à une des idées mères de la juridiction administrative toute entière, à la conception qui faisait du Conseil d'Etat le gardien de la centralisation (1). Il avait déjà défendu celle-ci contre les préfets du Second Empire, forts des décrets de déconcentration de 1852. Les lois décentralisatrices de la Troisième République allaient-elles substituer, à l'unité du régime légal de liberté, une poussière de régimes religieux et économiques, changeant à la frontière de chaque commune, au gré de municipalités élues pour quatre ans ? Et à la liberté légale des conseils municipaux s'ajoutait encore une liberté de fait résultant de la désuétude croissante des pouvoirs administratifs de tutelle paralysés par les influences électorales.

Un problème politique se posait, qui a été résolu parce que

(1) Voir ci-dessus p. 131, pour le rôle de cette idée chez CORNEMIN par exemple.

M. HAURIOT appelait, déjà en 1901, la « tutelle juridictionnelle » tutelle dont M. ROMIEU dégageait la signification dans ses conclusions de 1906. Le juge a interprété les définitions vagues, contrôlé l'application des directives pour assurer la continuité, la persistance même de ce qui lui apparaissait comme la tradition de l'Etat français.

CHAPITRE X

LA DIRECTIVE EXCLUSIVEMENT JURISPRUDENTIELLE

134. Nous avons constaté dans les deux précédents chapitres un élargissement continu du rôle de la jurisprudence au détriment du rôle de la loi. Celle-ci n'était cependant pas réduite à néant ; elle avait donné une indication quant à l'usage des pouvoirs institués ; dans les travaux préparatoires, certains parlementaires avaient pris parti sur ce qu'ils considéraient comme devant être la mission du juge. Mais il existe d'autres cas dans lesquels la loi écrite disparaît, où il n'y a plus alors qu'une règle jurisprudentielle, où la liberté et le rôle créateur du juge apparaissent encore plus nettement.

Ces matières isolent dans toute sa pureté le pouvoir discrétionnaire du magistrat : il peut *parfois* se suffire à lui-même, il est indépendant, par sa nature, puisqu'il persiste là où il n'y a plus de texte ; il doit dès lors *toujours* être expliqué sans l'aide des textes applicables, car, il peut se juxtaposer simplement à une loi, lorsqu'il en existe une, sans se laisser absorber par elle.

La directive exclusivement jurisprudentielle joue tantôt dans un sens favorable à l'extension des pouvoirs étatiques (théorie des pouvoirs de guerre, ou, plus exactement, de crise), tantôt dans un sens favorable à leur restriction (jurisprudence du socialisme municipal).

135. Les *pouvoirs* de l'autorité publique sont plus étendus

en *temps de crise* qu'en temps normal. L'acte ordinairement illégal devient légitime si des circonstances exceptionnelles le rendent nécessaire à la sauvegarde des intérêts nationaux. « Il est, dit M. le Commissaire du Gouvernement RIVET dans ses conclusions sous l'arrêt Couiteas (*RDP* 1924 p. 87) un principe qui, par son importance, doit les primer tous, (les autres) à savoir la nécessité pour la société de vivre, et le devoir pour le Gouvernement chargé par la Constitution, d'assurer en tout temps la marche de la machine administrative, de recourir à l'occasion aux moyens exceptionnels qui peuvent l'empêcher de s'arrêter ».

Dans les chapitres précédents, la réserve des circonstances exceptionnelles n'intéressait que des directives ou un « catalogue » jurisprudentiels ; elle concerne à présent l'application du droit tout entier.

Notre droit public n'avait pas l'équivalent de l'art 48 de la Constitution de Weimar, il n'avait pas prévu l'illégalité nécessaire dans des circonstances exceptionnelles ; aucun texte ne la légitime. Dès lors les « *Notverordnung* » paraissaient devoir être nuls là où ils étaient contraires à la loi. C'est ce qu'a admis dans l'ensemble la jurisprudence de la Cour de Cassation. (Voir S. 1917-1-145 et DUGUIT *Traité* III, p. 704). En adoptant la solution opposée, malgré l'identité des textes applicables, le Conseil d'Etat a donc manifesté une liberté certaine. L'opposition des deux jurisprudences prouve qu'aucune d'entre elles n'était vraiment imposée par la loi. Celle du Conseil d'Etat, en particulier, a fait usage d'un pouvoir discrétionnaire très étendu, puisqu'il lui a permis d'écarter, dans une décision contentieuse, l'application de la loi.

Le Conseil d'Etat a voulu, il est vrai, fonder ses arrêts sur l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 Février 1875. « Le Président de la République assure l'exécution des lois » (voir *RDP* 1915, p. 481, les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE, sous l'arrêt Verrier du 30 Juillet 1915).

Mais on admettra, même sans discuter la hardiesse d'une semblable interprétation, que, si le texte chargeant le Président de la République, d'assurer l'exécution de la loi, lui attribue par là le pouvoir de suspendre, dans des cas indéterminés, l'exécution des lois, il lui confère un des pouvoirs dis-

crétionnaires les plus étendus que le droit objectif ait jamais organisé : le contrôle que le Conseil d'Etat a exercé sur ce pouvoir discrétionnaire intéresse l'opportunité des actes puisque ceux-ci devraient, par hypothèse, être annulés s'ils n'étaient pas jugés nécessaires ; et il est manifestement impossible de prétendre que la légalité comportant ici l'opportunité, les pouvoirs de guerre sont une matière de compétence liée.

« Circonstances exceptionnelles », « actes nécessaires », ce sont des notions éminemment imprécises, et il est de leur essence d'être telles : si les faits appelant une certaine extension des pouvoirs administratifs avaient pu être précisément prévus à l'avance, la loi n'aurait pas manqué de les mentionner pour leur conférer elle-même un effet juridique déterminé. Visant des situations dont le trait commun était de n'avoir pas été prévues, et de n'avoir *pas pu* être prévues, la règle jurisprudentielle était vouée à l'imprécision. Ses définitions devaient être vagues, caractériser les situations envisagées moins par elles-mêmes que par leur effet, qui consiste précisément en un dépassement de la prévision légale. De là pour le contrôle juridictionnel des pouvoirs de guerre un champ particulièrement vaste.

Ce contrôle a revêtu deux aspects distincts, l'un abstrait, à portée générale : un certain genre de mesures est déclaré admissible ; l'autre concret, comportant l'examen de la mesure critiquée, envisagée avec ses particularités.

a) Pour le premier type de contrôle, qui est seul représenté dans beaucoup d'arrêtés, le Conseil d'Etat n'a guère eu à apprécier les faits. Préoccupée d'envisager dans toute sa généralité, le problème qui lui était si nettement posé, la Haute Juridiction a considéré abstraitement le type d'événement invoqué, et le type des mesures prises ; elle s'est demandé s'il était de l'essence du premier de légitimer le second. L'arrêt Winkell, nous l'avons dit (p. 198) n'exclut pas l'application de la loi de 1905 pour des raisons particulières à la grève des postiers de 1909 ; il attribue cette portée à la grève dans les services publics en général. Le Conseil d'Etat ne se demande pas davantage si telle situation temporaire de la guerre de 1914 a pu permettre la suspension générale des conseils d'enquête, ou la suppression de certaines formalités pour la mise à

la retraite, il attache cette conséquence au fait même d'une grande guerre : « alors que l'accomplissement des formalités prévues à l'article 1^{er} de la loi du 16 Février 1912 était rendu impossible par les *événements de guerre*, il appartenait au Président de la République d'assurer autrement l'exercice de ses pouvoirs. » (Verrier 30 Juillet 1915) (voir RDP 1915, les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE, qui envisagent surtout la question posée par la guerre en général) Id. Rodrigues, 28 Juillet 1916, Taponot, 15 Juin 1917, etc, etc... ; et pour les services des transports : Société Transports Maritimes à Vapeur 23 Mars 1923, Caron 29 Décembre 1922.

Dans tous ces cas, le caractère notoire des événements invoqués permet de donner à la question traitée un aspect aussi général, de la schématiser. Chacun sait ce qu'a été la grève de 1909, et, bien plus encore, la guerre de 1914. Il y a comme une connaissance sociale universelle, des faits considérés ; on admet d'emblée qu'ils ont pu légitimer certaines conséquences, qui sont, le plus souvent, des modifications générales à l'organisation des services publics ou au statut des fonctionnaires.

b) Mais très souvent il est impossible d'aboutir à une conclusion aussi générale, aussi rapide, car il s'agit de mesures plus graves encore, atteignant plus profondément les droits des particuliers : la guerre ne peut, ainsi, avoir ouvert au Gouvernement le droit d'interner n'importe qui. Il peut avoir ce droit vis-à-vis des uns et non vis-à-vis des autres. C'est affaire de circonstances, et, dans ces cas, le Conseil d'Etat contrôle très minutieusement les faits particuliers. Il se demande ce qu'a été exactement la situation créée et ce qu'elle a rendu nécessaire.

Un arrêté préfectoral avait interdit aux filles publiques la prostitution en dehors du quartier réservé à Toulon. Quelques-unes des personnes qui se jugeaient touchées par cette mesure se sont pourvues devant le Conseil d'Etat. L'arrêt Dol et Laurent (28 Février 1919) indique que « les pouvoirs de police sont plus étendus en temps de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses ; qu'il appartient au *juge*, sous le *contrôle duquel* s'exercent les pouvoirs de police, de tenir

compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre *selon les circonstances de temps et de lieu*, les catégories d'individus visés et la nature des périls qu'il importe de prévenir ». L'arrêt relève ensuite la multiplication des agissements des filles publiques, les nombreux passages de soldats à Toulon, le danger d'une divulgation de secrets intéressant la défense nationale, et conclut : « Les restrictions à la liberté individuelle, en ce qui concerne les filles, et à la liberté du commerce en ce qui concerne les débitants qui les reçoivent, n'excèdent pas la limite de celles que, dans les circonstances relatées, il appartient au préfet maritime de prescrire. » (Idem Bouquet 2 Juillet 1919).

On pourra aussi dans certains cas, interdire une résidence « aux personnes susceptibles d'être dangereuses pour la défense nationale, dont les agissements se sont multipliés dans la zone des armées et ont revêtu un caractère tout particulier de gravité dont l'autorité publique avait le devoir de se préoccuper en vue de prévenir le danger qui résultait de la présence des personnes de ce genre dans le voisinage des troupes près du front, et de leur fréquentation ; qu'il est apparu que la mesure faisait l'objet du présent pourvoi, s'imposait pour sauvegarder d'une manière efficace l'intérêt national ; que, par suite, en ordonnant l'évacuation du requérant, l'autorité militaire n'a pas excédé ses pouvoirs ». (Meslin 6 Août 1920, Gillet, 31 Mars 1922. De même « si la dame Tassus a été l'objet de certaines mesures de surveillance, (assignation d'une résidence déterminée), destinées à l'empêcher de retourner dans la zone des armées, ces mesures *dans les conditions* où elles ont été prises, n'excèdent pas les limites de celles que, dans *les circonstances ainsi relatées*, il appartenait à l'autorité publique de prescrire » (Tassus 30 Avril 1920).

Un arrêt du 4 Février 1921 (Lelièvre) décide « que des circonstances exceptionnelles autorisaient la suspension d'un maire. » Le Conseil d'Etat vérifie (Cnudde, 3 Décembre 1914) si Dunkerque était véritablement investi au moment où a été prise la décision attaquée qui étendait les pouvoirs des conseils de guerre. Il relève (14 Mai 1920, Syndicat des Pâtisseries et Boulangers), que le déficit de la production, les difficultés croissantes des transports, la limitation des disponibilités en farines panifiables, appelaient vraiment une réglementation particu-

lière pour les boulangers. De même (Chauvelon, 4 Mars 1924) la fermeture d'un débit restaurant s'imposait en raison des nécessités de la défense nationale.

Il ne s'agit plus ici de la constatation du fait général de la guerre, et de ses conséquences possibles mais de la recherche de ses effets précis dans une circonstance déterminée. Sans doute on ne peut pas dire que le pouvoir discrétionnaire du Gouvernement est ici supprimé : le Conseil d'Etat exerce, en fait, son contrôle assez discrètement, et laisse à l'Administration des pouvoirs suffisants pour qu'elle ne soit pas *pratiquement obligée* d'en user intégralement. Cependant le partage habituel du pouvoir discrétionnaire (voir. chap. VII) est ici nettement modifié à l'avantage du juge ; même lorsqu'en présence d'un texte législatif, — la loi du 3 Juillet 1877 par exemple, et d'une mesure intéressant les services publics, il se borne en principe à rechercher s'il y a eu détournement de pouvoir, son contrôle est en réalité bien plus large que de coutume :

Lefèvre 9 Juillet 1920. « Considérant qu'il appartient naturellement à l'autorité militaire, maîtresse de décider s'il y a lieu ou non à la reprise des transports pour le compte des particuliers, de rechercher et de déterminer, en *s'inspirant des nécessités* du moment, les conditions techniques juridiques ou autres auxquelles ces transports seront soumis, que le chef de l'exploitation militaire des voies navigables n'a fait qu'user, *en vue d'assurer le meilleur rendement possible du matériel fluvial dans l'intérêt* du ravitaillement du pays, et par suite de la défense nationale, des pouvoirs d'appréciation et de décision qui lui appartiennent. »

Dans toute cette matière par conséquent, la jurisprudence a admis des pouvoirs accrus pour le juge. Un large examen des faits est apparu comme la contre partie désirable des pouvoirs très vastes reconnus au Gouvernement. Celui-ci a pu faire ce que la loi lui interdisait, à la condition d'en justifier la nécessité devant une autorité indépendante. Le contrôle de l'opportunité est devenu le succédané du contrôle de légalité rendu sans objet par la théorie des pouvoirs exorbitants de guerre.

En cette matière même où il a si énergiquement sauvegardé les droits de l'Etat, l'examen du fait par le juge a donc conservé son caractère essentiel de garantie pour les droits

individuels : la *création* d'un pouvoir discrétionnaire a été compensée par l'extension du contrôle juridictionnel.

136. La conclusion la plus nette qui se dégage des controverses juridiques menées, pendant 30 ans, entre partisans et adversaires du *socialisme municipal*, invoquant tour à tour les art. 61, 88, 133 et 134 de la loi de 1884, paraît bien être l'indifférence des lois anciennes à ce phénomène nouveau ; elles ne condamnent pas et ne favorisent pas davantage ce qu'elles n'ont pas prévu ; il est impossible d'y trouver une indication quelconque. Le Conseil d'Etat l'a reconnu, du moins pour les indications défavorables à la compétence communale, dans un arrêt du 7 Août 1896 (Bonnardot) : « Considérant *qu'aucune disposition* de loi ou de règlement n'interdit aux communes d'organiser au moyen des ressources ordinaires, un service municipal gratuit dans les conditions où il a été créé. »

Dès lors les interdictions que nous trouverons dans les arrêts ne provenant, ni « de la loi, ni d'un règlement » ne peuvent émaner que du juge. Saisi plusieurs fois d'une question qui prenait un intérêt pratique toujours croissant, le Conseil d'Etat a dû créer lui-même sa *politique*. Elle a été préparée par les sections administratives avant d'être affirmée par la section du contentieux. Loin de profiter de la première intervention législative en la matière pour s'effacer aussitôt, le Conseil d'Etat a affirmé sa politique propre même après 1926. Enfin il s'est si bien considéré comme le créateur de la règle émise, qu'il s'est reconnu le pouvoir de la modifier, de l'adapter aux nécessités nouvelles. Cette jurisprudence est donc le type de l'Administration des juges : il importe de s'y arrêter attentivement.

A) Dès la fin du siècle dernier, abdiquant devant les pressions parlementaires et électorales, les ministres, pour se mettre à couvert, demandent au Conseil d'Etat des avis administratifs sur les projets de municipalités désireuses de créer des services commerciaux ou industriels (voir REVEL p. 44 et suiv.).

Les municipalités ouvrières du Nord sont les premières à poser la question. Celle de Roubaix ayant voulu créer une pharmacie pour mettre à la portée de la population pauvre les médicaments nécessaires, le Conseil d'Etat indique dans son avis :

« Que quelque utile que soit le but poursuivi, il serait dangereux d'autoriser les communes à créer des pharmacies, car elles seraient amenées à entretenir également des boulangeries, des boucheries et autres établissements semblables ; les municipalités interviendraient ainsi dans des questions économiques auxquelles des raisons d'ordre général aussi bien que l'intérêt de leurs finances leur commandent de rester étrangères. »

S'il y a intérêt à vendre aux ouvriers des médicaments au prix de revient, ce résultat peut-être atteint par la création de sociétés coopératives, « que, dès lors, il convient d'appeler l'attention du Gouvernement sur l'opportunité qu'il y aurait à introduire dans un projet de loi sur l'exercice de la pharmacie, des dispositions permettant cet exercice aux coopératives », (*DP* 98-3-33). Nous ne trouvons donc pas seulement, ici, une interprétation de la loi positive, de la « *lex lata* » puisque le Conseil d'Etat propose d'y apporter certaines modifications ; mais une conception qui condamne l'interventionnisme du point de vue de la « *lex ferenda* », auquel le Conseil d'Etat, donneur d'avis, n'hésite pas à se placer. (Voir sur les répercussions parlementaires de cette affaire, le *Journal Officiel* du 21 Novembre 1894).

Voir aussi *Annales des Sciences Politiques* 1905 p. 29, l'avis défavorable du 7 Juin 1877 sur la création d'une régie du gaz, à Tourcoing, fortement motivé par des considérations économiques théoriques, et notamment par l'absence de responsabilités des personnes publiques ; voir aussi avis du Conseil d'Etat sur un projet de loi relatif au rachat des entreprises de vidanges de la ville de Lille : (*R. G. A.* 1900 4-433) ; à propos de l'acquisition par une commune d'un débit de boisson : (*R. G. A.* 1920 3-50).

Pour dégager davantage encore la doctrine de la Haute Assemblée dans cette première période, il faut aussi rappeler deux décrets en Conseil d'Etat (*R. G. A.* 1888 I 478) condamnant l'insertion dans les marchés passés par une commune, des clauses relatives à la main-d'œuvre employée, qui devaient peu de temps après devenir les « décrets Millerand ». La commune, dit l'avis, sort de ses attributions en édictant des clauses qui ne se rapportent pas aux intérêts de la ville, et en l'espèce, elle méconnaît « la liberté du travail. »

B) Mais bientôt le Conseil d'Etat, donneur d'avis, ne sera plus guère consulté ; les autorités de tutelle, devant la force croissante du socialisme municipal approuvent les délibérations prises. Comment le préfet et le ministre s'opposeraient-ils aux municipalités, puisque tous subissent les mêmes influences électorales ? C'est donc surtout la section du contentieux, saisie par des recours de particuliers, qui aura désormais, à statuer.

Elle le fera en obéissant aux préoccupations qu'exprimaient aussi nettement ses membres, hier encore conseillers de l'Administration active et même du législateur ; dans cette matière vierge d'interventions législatives, il appartient au tribunal de créer le droit. La *légalité* elle-même n'est donc pas, ici, autre chose que le résultat d'une première intervention du juge dans le domaine de l'opportunité, d'une présomption générale d'inopportunité à l'égard des entreprises commerciales des communes.

Mais en même temps qu'il porte contre l'interventionisme municipal une condamnation de principe, le Conseil d'Etat estime qu'il doit ménager la possibilité de dérogations parce que la présomption d'inopportunité peut être démentie. Comment définir toutefois les circonstances qui légitimeront ces dérogations ? Les préciser, c'est risquer d'exclure des éventualités imprévues. Au surplus, les faits réagissent les uns sur les autres, aucun d'eux n'a, dans tous les cas, la même signification, et seul l'ensemble d'une situation est décisif. Il faut donc une définition vague pour réserver la complexité et la variété des circonstances. On dira seulement qu'elles doivent être exceptionnelles. Le Conseil d'Etat n'a pas, dans ses arrêts, épuisé son pouvoir discrétionnaire : il suffit de parcourir ses décisions, du reste peu nombreuses, pour constater que presque toutes posent des règles nouvelles, innovent véritablement.

C) Le célèbre arrêt Casanova du 29 Mars 1901 affirme le principe fondamental à propos d'un médecin qui percevait un traitement annuel de 2.000 francs, à charge de soigner gratuitement tous les malades : « Si les conseils municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmetto. » (Id. 1^{er} Juin 1900, Moreau, à propos d'une sage-femme).

Ce qui est vrai des soins médicaux, l'est aussi des boulangeries coopératives (Deservick 1^{er} Février 1901) : les municipalités ne peuvent les subventionner en dehors de circonstances exceptionnelles ; celles-ci n'étaient pas réunies dans l'espèce où il s'agissait seulement a déclaré M. le Commissaire du Gouvernement ROMIEU « d'une tentative de socialisation. » (Idem. pour une boucherie, Bouchers de Chateauroux 6 Mars 1914).

Mais cette réserve des circonstances exceptionnelles n'est pas une clause de style, mentionnée seulement pour mémoire : là où les communes soutiennent qu'il y avait vraiment de telles circonstances, le Conseil d'Etat examine les faits. « Si les conseils municipaux peuvent dans des circonstances exceptionnelles intervenir pour assurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, et si la subvention dont il s'agit a pu être justifiée à l'époque où la commune de Septimes se trouvait isolée des communes voisines, il résulte de l'instruction que cette circonstance n'existe plus aujourd'hui. Des moyens de communication *rapides* et peu *couteux* relie la ville de Marseille à la commune de Septimes. » (Boureau 9 Juillet 1909).

Le Conseil d'Etat délimite aussi le champ d'application de la règle qu'il a créée ; il en exclut les services d'hygiène intéressant, par leur gratuité, une clientèle qui n'est pas celle des commerçants particuliers ; le juge doit alors examiner minutieusement les faits et dire s'il y a vraiment eu gratuité :

Bains-douches de Belleville 21 Janvier 1906. « Considérant qu'il résulte de l'instruction que ces bains sont gratuits sous la seule réserve d'une redevance de 10 centimes pour la location du linge et que, dans ces conditions, ils ne peuvent être considérés comme faisant l'objet d'un commerce ou d'une industrie », ils ne sont « qu'une amélioration du service public de l'hygiène » ; Chapelon 29 Avril 1918, à propos d'un lavoir où il n'était perçu « qu'une redevance minime pour la consommation facultative de l'eau chaude », et où d'autre part « la vente au prix coûtant et à titre facultatif de certains produits indispensables aux laveuses n'est qu'un accessoire dudit service. »

Parfois le Conseil d'Etat va plus loin encore ; il admet, à Amiens, la création d'un laboratoire municipal. (Syndicat des Pharmaciens 19 Juillet 1912) « Considérant que l'art. 9 de la

loi susvisée du 1^{er} Août 1905 sur la *répression des fraudes* dans la vente des marchandises, prévoit la création de laboratoires municipaux et l'organisation de la police municipale alimentaire, et autorise les communes à prendre l'initiative de déclarer les fraudes et d'en saisir la justice, que l'ouverture au public des laboratoires créés par les municipalités est une conséquence nécessaire de ces dispositions » (puisqu'elle permet seule, pratiquement, la poursuite des fraudes). Quant aux *analyses médicales* le laboratoire a également pu s'en charger. « Considérant qu'en vue de répondre à une nécessité reconnue et d'assurer une meilleure protection de l'hygiène et de la santé publique, ce service, dans les conditions où il a été établi et où il fonctionne, rentre au nombre de ceux qu'il appartient aux communes d'organiser. » « Considérant que les nouveaux tarifs n'ont pas aggravé les conditions de libre concurrence que cet établissement municipal pouvait faire aux laboratoires. »

On est fondé à se demander si ces dernières décisions se concilient parfaitement avec les solutions et la doctrine des avis qui ont inspiré l'arrêt Casanova. Y avait-il vraiment, à Amiens, des circonstances exceptionnelles ? Si l'on peut dire que le laboratoire est une amélioration du service municipal de l'hygiène, ne fallait-il pas en dire autant de la pharmacie projetée par la ville de Roubaix ? N'est-il pas évident que le laboratoire d'Amiens et le lavoir de Firminy, feront aux commerçants locaux une *concurrence* d'autant plus redoutable qu'ils vendront au prix coûtant, et que cette vente à des prix diminués, accroît précisément pour les communes les risques financiers qu'on voulait leur éviter, dans l'avis relatif à la pharmacie de Roubaix ?

Dans cette matière on peut donc d'autant moins parler d'une stricte *application* des règles de droit, que les solutions jurisprudentielles ne peuvent même pas être *expliquées a posteriori* par des règles générales : Il y a seulement une série de décisions d'espèces, dont l'unité est assurée par un état d'esprit qui ne s'exprime que dans des formules vagues, et qui consiste en une défaveur pour les interventions économiques des communes, tempérée par une certaine bienveillance pour les entreprises utiles à la santé publique.

D) La guerre a marqué une crise dans cette disposition d'esprit qui, avant 1914, était d'une manière assez générale, celle du public informé. Les interventions économiques des communes se sont développées pendant les hostilités. Des lois (16 Octobre 1915 art. 1 et 26 Avril 1916 art. 6), des décrets (27 Octobre 1915 et 30 Juin 1916) les ont consacrées. La législation de 1919 sur l'énergie électrique autorise les subventions communales aux concessionnaires. La jurisprudence de l'imprévision a incité les personnes publiques à substituer la régie à la concession pour profiter des bénéfices d'une exploitation dont elles subissaient de toute manière certains risques ; la ville de Bordeaux a repris, ainsi en 1919, l'exploitation du gaz qui avait fait l'objet de l'arrêt célèbre (voir sur l'importance pratique des régies municipales en France, AUDEMAR). Quelle allait être l'attitude du Conseil d'Etat devant cette évolution de l'opinion et du droit ?

a) Il a certainement fait leur part aux tendances nouvelles : alors qu'un avis du 24 Février 1887 (*R. G. A.* 1895 1-461) condamnait le rachat du funiculaire de Belleville par la ville de Paris, un avis du 3 Mai 1921 (*REVEL* p. 100) admet la possibilité d'exploiter en régie une ligne d'autobus, sous la seule réserve que la régie ainsi créée, soit dotée de la personnalité financière. La section du contentieux reconnaît aussi plus facilement l'existence de circonstances exceptionnelles. Un arrêt du 28 Mai 1924 (*Genet et Syndic Poissonnerie en détail*), admet l'organisation d'une poissonnerie municipale à Paris.

« Considérant que si, en règle générale, les municipalités agissent en dehors de leurs attributions légales lorsqu'elles se livrent à des opérations industrielles ou commerciales, il en est autrement lorsque leur intervention s'exerce dans le but de pourvoir dans des circonstances exceptionnelles à des besoins urgents. Considérant qu'à la fin de 1919, en présence de la nécessité qui s'imposait au lendemain de la guerre, de ménager le cheptel français et de réduire les importations de viandes frigorifiées, le développement de la consommation de denrées de substitution apparaissait comme indispensable dans l'intérêt de l'alimentation publique, et que c'est en vue de cet objet que la ville de Paris a résolu d'acheter du poisson pour le revendre directement aux particuliers, »

De même on a pu, en Indo-Chine, instituer légalement une consultation dentaire gratuite (Dubouch 20 Février 1920) ; ou encore, dans la colonie du Niger, ajouter la fabrication de la glace à l'exploitation d'une ligne de chemin de fer (Dubos 11 Avril 1919) ; Id. Baudet 21 Novembre 1923 pour l'installation d'hôtels destinés aux colons de passage.

b) Mais l'hostilité du Conseil d'Etat, à l'égard des entreprises économiques municipales persiste, encore qu'atténuée.

Un arrêt du 21 Janvier 1921 condamne la création par un département d'un service d'assurance, alors que l'initiative privée n'a pas fait défaut. « Pour que la création d'un service public soit légale en soi, il faut nécessairement qu'il y ait nécessité de pourvoir à un intérêt général ou local. » Dans ses conclusions (reproduites au *D. P.* 1922 3-35), M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE rappelle la jurisprudence traditionnelle et en demande le maintien. Si l'art. 17 de la loi de finances du 13 Avril 1898 prévoit, pour les caisses départementales, des tarifs fiscaux réduits, il est de principe que le régime fiscal d'un acte est indépendant de sa légalité (1). L'arrêt rendu à ces conclusions, maintient ainsi la doctrine d'un avis antérieur de 25 ans (*R. G. A.* 1896 3-408), malgré la bienveillance témoignée dans l'intervalle par le législateur de 1898 aux caisses d'assurances départementales : « Considérant que cette caisse constituait en réalité un service d'assurances contre l'incendie, aux risques et périls du département, que la création d'une entreprise de cette nature est étrangère aux attributions des assemblées départementales. »

Les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement RIVET sous l'arrêt Raynaud du 11 Juin 1926 (v. *R. D. P.* 1926 p. 697) rappellent aussi la jurisprudence traditionnelle et l'arrêt rendu indique « que l'exploitation d'un théâtre ou d'un cinématographe constitue une entreprise commerciale, que, par suite, en règle générale, cette exploitation est réservée à l'initiative privée, que s'il peut appartenir exceptionnellement aux administrations locales d'intervenir en cette matière, dans un but d'intérêt général, en cas de défaillance ou d'insuffisance

(1) Rapprocher un arrêt Cne de Mesles du 3 Février 1911 qui impose à la patente une commune exploitant une usine d'énergie électrique,

manifeste de l'initiative privée, cette circonstance extraordinaire n'est aucunement celle de l'espèce. »

Voir aussi Bergeat 13 Juillet 1928 : « L'institution d'un service de ravitaillement municipal destiné à la vente directe au public de denrées de toutes sortes, constitue une entreprise commerciale, et par suite, en règle générale, réservée à l'initiative privée, que s'il peut appartenir aux autorités locales, dans une situation particulière, d'intervenir dans un but d'intérêt public, cette situation n'est nullement celle de l'espèce. » Id. Truchi 12 Juillet 1927 à propos d'un médecin communal.

D) Mais en 1926 interviennent les décrets-lois du 5 Novembre (art. 14) et du 29 Décembre : ils posent des principes nouveaux que les partisans du municipalisme considèrent comme la consécration de leur thèse, puisque les textes prévoient « l'intervention des communes dans les entreprises, même de forme coopérative ou commerciale, ayant pour objet le fonctionnement des services publics, le ravitaillement et le logement de la population ou la réalisation d'améliorations urbaines. »

Dès lors la jurisprudence antérieure va-t-elle perdre le principal de son intérêt pratique, ou bien le juge conservera-t-il sa position en face du Gouvernement dont la compétence avait été élargie par le législateur ? La jurisprudence adopte le second parti.

Les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement JOSSE, sous l'arrêt Chambre Syndicale des Epiciers de Nevers (R. D. P. 1930 p. 53) (voir aussi Gioccardi 27 Février 1931), présentent un exemple très curieux, un des rares qui soit possible en France (v. chap. XIII) de « conflit par personne interposée », entre l'opinion parlementaire et les tribunaux.

M. JOSSE a soutenu, sans doute, qu'il y avait concordance entre le décret de 1926 et le dernier état de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Les auteurs du rapport précédant ce décret, n'auraient eu l'intention *avouée* d'innover sur la jurisprudence antérieure que parce qu'ils en ignoraient la portée véritable.

Il est possible que les rédacteurs des décrets-lois n'aient pas eu une vue suffisamment nette de la question, et qu'ils n'aient pas su non plus exprimer leurs intentions dans les textes. Mais leur état d'esprit (celui des congrès de maires et

de l'opinion parlementaire) était certainement favorable à l'interventionisme municipal, ils cherchaient à doter les communes de ressources financières supplémentaires (c'est là le but de toutes les réformes de 1926) en leur permettant des activités lucratives nouvelles.

A ce moment la jurisprudence restait défavorable à ces interventions des municipalités, aussi les auteurs des rapports précédant les deux décrets de 1926 indiquent qu'ils ont voulu réaliser « une *innovation* particulièrement importante qui a pour but de permettre à l'action de l'assemblée communale de se porter sur de nouveaux objectifs » (*Jour. Off.* 1926 p. 11892), permettre à la pratique de dépasser les règles d'une jurisprudence qui « *en dépit de son évolution demeure encore en arrière des nécessités actuelles.* » (Rapport au Président de la République *Jour. Off.* p. 13742).

Si la tendance de la jurisprudence survit aux décrets-lois, ceux-ci perdent sinon la portée pratique que leurs auteurs ont su y mettre, du moins celle que beaucoup de leurs inspireurs ont voulu y mettre.

Mais l'autonomie du juge se manifeste encore plus dans l'évolution spontanée de la jurisprudence que dans son attitude à l'égard des décrets-lois : la jurisprudence précède le décret-loi et lui survit.

a) « La jurisprudence (c'est là l'argument essentiel de M. JOSSE) n'est pas figée. Elle est susceptible d'évoluer, de se développer selon l'idée que l'on se fera à un moment ou à un autre des besoins publics. Ces besoins peuvent se modifier, ce qui n'est pas jugé indispensable aujourd'hui, pourra l'être demain ; de nouveaux services publics pourront donc être érigés. » Avant 1926, la jurisprudence a déjà évolué : « Dans son dernier état votre jurisprudence a atténué ses formules. Il suffit aujourd'hui pour légitimer un service public, qu'il y ait une circonstance spéciale, *particulière.* » (et non plus exceptionnelle).

Mais si l'évolution jurisprudentielle a pu rendre presque superflus les textes nouveaux qu'elle avait devancés, elle n'en dépendait point, elle avait sa logique propre, et même sa liberté sans laquelle elle n'aurait pu changer : le pouvoir discrétionnaire laissé au juge par le silence des textes, ne s'était vraiment point épuisé dans l'élaboration de la règle de droit juris-

prudemment, puisqu'il avait permis à l'auteur de cette règle de l'abandonner par la suite. Le juge crée, modifie et se réserve de faire évoluer davantage encore la règle dans l'application de laquelle on prétendait l'enfermer.

b) Mais la règle actuelle est-elle encore vraiment une règle de droit, ou plutôt celle-ci n'est-elle pas devenue si vague qu'elle laisse presque intact le pouvoir du juge dans chaque espèce concrète ?

Parler de circonstances particulières, c'est poser une question, tout au plus donner une indication pour sa solution, ce n'est pas apporter cette solution. M. JOSSE indique qu'une coalition de bouchers constitue une « circonstance particulière » mais qu'il n'en est pas de même pour la hausse générale des prix, et les réclamations des consommateurs. Mais y a-t-il une seule de ces deux appréciations qui s'impose, eu égard au sens des mots « circonstances particulières ? »

Les conclusions citées reconnaissent d'ailleurs l'imprécision des règles applicables. « Votre jurisprudence est toute en nuances. L'intérêt public est conditionné par toute une série de circonstances de fait, de temps, de lieu, par l'appréciation de la façon plus ou moins satisfaisante dont l'industrie libre pourvoit aux besoins des consommateurs dans la commune. Ce qui sera licite en tel endroit ne le sera pas en tel autre. »

On assiste donc, ici à un phénomène qui est exactement l'inverse de la rédaction du catalogue : il y a un abandon des solutions à portée générale ; l'idée des circonstances particulières est encore moins précise que celle des circonstances exceptionnelles. La jurisprudence « atténue ses formules ; toute en nuances », elle n'épuise pas, entame à peine le pouvoir discrétionnaire assumé, parce que les circonstances ne sont pas favorables à une réglementation précise, même jurisprudentielle, de la matière.

Tous ceux qui ont étudié cette jurisprudence ont reconnu l'individualisme économique qui l'inspire, et l'examen du fait qu'elle comporte, qui se dégage de chaque arrêt ; mais on a trop souvent parlé de « compétence liée » du conseil municipal (voir par ex. REVEL p. 215). En réalité personne n'a, ici, une compétence liée parce que celle-ci est inconcevable là

où la règle de droit est aussi évasive ; seulement l'attribution au juge du pouvoir discrétionnaire de l'autorité exécutive, s'est faite avec une netteté rare. Grâce à cette netteté, le rôle et l'inspiration politique de la jurisprudence apparaissent mieux encore qu'ailleurs. C'est le Conseil d'Etat qui a posé les règles applicables, qui les a modifiées, et qui, sous la pression des événements, les a, en quelque sorte, amincies pour qu'elles ne fassent jamais écran entre les investigations du tribunal et l'appréciation de l'opportunité, car la « circonstance particulière » prévue dans les arrêts, n'est pas autre chose que l'opportunité d'une intervention économique.

Section III.

La Persistance des distinctions de procédure.

137. Dans les arrêts étudiés jusqu'ici, la forme même du recours ne paraît guère avoir exercé d'action sur l'examen du fait. Le Conseil d'Etat tantôt a procédé à cet examen, tantôt s'y est refusé, mais il n'a pas le plus souvent établi de rapport entre son attitude à cet égard et la nature du recours dont il avait été saisi. Les deux questions paraissent donc bien indépendantes, ainsi que l'affirment les conclusions de M. ROMIEU (v. p.).

Si l'examen du fait a été admis plus facilement peut-être dans quelques matières récemment détachées du contentieux de pleine juridiction, l'influence des distinctions de forme restait secondaire et coïncidait avec d'autres tendances concernant le fond du droit.

Mais les distinctions de procédure passent au premier plan dans d'autres arrêts qui appliquent les deux règles posées par LAFERRIÈRE : examen du droit et du fait dans le contentieux de pleine juridiction, examen du droit seul dans le contentieux de l'annulation (1). La tradition du XIX^e siècle, si elle est vivace, doit avoir une influence double, elle découragera l'examen du fait dans les recours pour excès de pouvoir et le favorisera dans les recours de pleine juridiction. Nous étudierons successivement ces deux aspects de la jurisprudence.

(1) Le contentieux de l'interprétation n'est qu'une variété du contentieux de l'annulation. L'examen du fait y est pratiqué dans les mêmes conditions, notamment à propos des manifestations cultuelles (FLINIAUX, *Mélanges Hauriou* p. 325 et suiv.).

CHAPITRE XI

RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR ET EXAMEN DU FAIT

138. Il n'y a pas d'examen du fait dans les litiges dont le Conseil d'Etat est saisi par la voie du *recours en cassation* ; les arrêts indiquent que les moyens de fait sont irrecevables *parce* que les « décisions de (telle autorité) ne peuvent être attaquées devant le Conseil d'Etat que pour excès de pouvoir, ou violation de la loi ».

Il semblerait, à lire ces arrêts, que l'usage du recours pour excès de pouvoir exclut la possibilité d'un examen du fait. La contradiction paraît certaine entre ce motif, dans sa forme absolue, et les arrêts rendus à propos des interventions économiques des communes ou les conclusions de M. ROMIEU sous l'arrêt Jacquin. Mais depuis LAFERRIÈRE on s'accorde à distinguer, malgré leur dénomination identique dans les arrêts, le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir proprement dit. Quelles sont l'origine et la portée de cette distinction ?

A) Les décisions juridictionnelles ont pratiquement été les premiers actes contre lesquels le recours pour excès de pouvoir a été déclaré recevable ; la même raison (le prix attaché à la protection des intérêts individuels) dictait l'institution d'une juridiction, et l'admission d'un recours au Chef de l'Etat. C'est contre les décisions du jury de la garde nationale, ou de conseils de révision, que sont formés les premiers recours pour excès de pouvoir déclarés recevables. Les recours admis

un peu après contre les actes des administrateurs l'ont été dans des conditions si étroites, qu'ils ne différaient pas des recours formés contre des actes juridictionnels. On peut dire, en employant la terminologie actuelle : le recours pour excès de pouvoir commence par n'être qu'un recours en cassation.

Mais quand le recours pour excès de pouvoir s'est développé sous le Second Empire, en s'adjoignant notamment une nouvelle ouverture, la même évolution ne s'est pas produite pour toutes les matières, le recours pour excès de pouvoir est resté dans certaines, ce qu'il était primitivement. La volonté de garantir une bonne et équitable Administration par le moyen d'un contrôle juridictionnel, qui présidait à tout le développement de ce recours, n'avait pas partout les mêmes exigences : la forme primitive a pu se conserver dans certains cas ; le recours en cassation actuel est un recours pour excès de pouvoir qui n'a pas évolué, parce que sa transformation n'a pas paru nécessaire à une bonne justice.

C'est ce que rappelle LAFERRIÈRE « Si les lois des 7-14 octobre 1790 et 24 Mai 1872 sont applicables de plein droit aux décisions juridictionnelles rendues en dernier ressort, ces lois ne sont pas aussi largement appliquées que quand il s'agit d'actes administratifs proprement dits. A l'égard des décisions juridictionnelles, la jurisprudence s'est toujours renfermée dans une stricte notion de l'excès de pouvoir » (p. 576).

Pour justifier cette jurisprudence, LAFERRIÈRE invoque plusieurs raisons : Il faut interpréter « a contrario » des lois spéciales qui prévoient l'annulation des décisions juridictionnelles dans le cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir et non dans celui de violation de la loi. « Les décisions rendues par les juridictions délibérant après instruction contradictoire offrent moins de chances de précipitation et d'erreur que les actes administratifs proprement dits, qui résultent le plus souvent de l'initiative des autorités, sans débat préalable avec les intéressés. » « Ajoutons que les décisions juridictionnelles ne tranchent que des questions peu nombreuses et nettement déterminées tandis que les actes administratifs ont un champ beaucoup plus vaste et peuvent affecter de mille manières le droit des citoyens ».

B) Le Conseil d'Etat est resté juge du fond, il est vrai, pour les recours formés contre les arrêtés des conseils de préfec-

ture ; il y a ici appel et non cassation, sans qu'aucun texte soit venu imposer cette solution (1), mais elle s'explique historiquement. La compétence des conseils de préfecture ne s'étend qu'à des matières où la loi et la doctrine reconnaissent aux administrés des *droits subjectifs* qui, il y a un siècle et sous l'empire d'habitudes civilistes, semblaient impliquer l'existence du double degré de juridiction. Dans le contentieux de pleine juridiction, où on admettait que les parties avaient droit à un vrai juge, il aurait fallu un texte pour imposer une restriction *anormale* aux pouvoirs du second juge.

N'ayant pour eux ni l'indépendance réelle vis à vis de l'Administration, ni un recrutement technique ou corporatif original, les conseils de préfecture n'ont pu résister à l'attraction des habitudes d'esprit judiciaire. Le droit privé, en leur cédant une partie de son domaine, leur a naturellement cédé sa voie de recours ordinaire qui est l'appel et non la cassation.

Ce n'est que par rapport à d'autres juridictions plus spéciales apparues plus tard, que le droit administratif, arrivé à plus de maturité, a pu affirmer son originalité, mesurer l'étendue des recours à leur utilité réelle.

C) Une raison de textes a la première imposé la reconnaissance d'une voie de recours distincte de l'appel : la loi qualifiait de *définitives* les décisions des juridictions administratives autres que les conseils de préfecture.

LAFERRIÈRE (II, p. 574) indique que « l'existence d'un recours pour excès de pouvoir a été reconnue non seulement malgré le silence des lois spéciales, mais encore malgré les dispositions de ces lois qui qualifiaient les décisions de définitives ou déclaraient qu'elles étaient sans recours, et même sans aucun recours. Ces expressions, sans en excepter la dernière, quelque absolue qu'elle paraisse, ont été interprétées pas la jurisprudence comme n'excluant que l'appel et non le recours en cassation en cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir. »

Devant les textes, apparemment contraires, des lois spéciales

(1) L'art. 57 de la loi du 22 Juillet 1889 est le premier texte qui mentionne le recours contre les arrêtés des conseils de préfecture, encore n'en précise-t-il pas la nature.

d'une part, et des lois de principe de 1790 et de 1872 d'autre part, le Conseil d'Etat n'a pas suivi l'adage « *lex posterior priori derogat* », il a toujours appliqué les lois de 1790 et de 1872, non pas sans doute parce qu'il avait concilié les textes opposés, (les lois particulières applicables paraissant vraiment exclure celles qui prévoient le recours pour excès de pouvoir) mais parce que le maintien de celui-ci était commandé par une tradition plus que séculaire, par un principe fondamental de toute l'organisation administrative française : le droit de recours au chef suprême de cette organisation (1).

Le recours pour excès de pouvoir n'avait pas eu besoin d'une loi pour s'implanter. Celle de 1790 n'a été qu'un prétexte, découvert vers 1830 seulement d'ailleurs ; la tradition qui avait fécondé ce texte, pouvait bien en corriger d'autres postérieurs, mais elle ne pouvait imposer que le recours pour excès de pouvoir : il était le seul qui eut la généralité, la force suffisantes pour être ouvert en absence de tout texte spécial.

139. A cette raison de texte, d'autres, plus profondes sont venues s'ajouter. Ce sont elles qui ont empêché le recours ouvert contre les décisions des juridictions administratives spéciales de devenir l'équivalent de l'appel formé, contre l'arrêté du conseil de préfecture. L'organisation même des nouveaux contentieux créés montre l'évolution des esprits depuis la Révolution.

A). Les législateurs du XIX^e siècle, dans leur méconnaissance des éléments techniques, avaient cru donner aux militaires la plus haute garantie de leurs droits en leur ouvrant un recours direct de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat. Celui-ci s'est ainsi trouvé appelé à juger d'innombrables litiges portant principalement sur la cause et l'importance d'une infirmité, le manque de ressources, etc... questions pour la solution desquelles les moyens d'information directe lui faisaient pratiquement défaut, il faut bien l'avouer, et dont l'instruction ne l'encombrait que davantage.

Le Conseil d'Etat semble s'être efforcé de résoudre le plus

(1) Voir LAFERRIÈRE II p. 1406 et sur la valeur particulière de la loi de 1872 qui s'impose au législateur colonial lui-même, 3 Juillet 1914 Elec, Ben Hoi, 15 Juin 1929 Elec, Madagascar,

possible ces questions par un appel à la collaboration d'autorités et de praticiens mieux informés. Il suffit de parcourir les arrêts d'avant-guerre relatifs à cette matière, pour être frappé par le grand nombre de ceux qui ordonnent un nouvel examen médical en précisant la mission du praticien (voir par exemple pour l'origine des maladies d'ouvriers des arsenaux : Arminot 4 Août 1913 ; pour les inscrits maritimes : Celerier 8 Août 1910, Keliel 30 Mars 1915, Bijou 28 Mai 1915, Bayner 28 Novembre 1917, etc...) ou renvoient le requérant devant le ministre, pour être procédé à un complément d'instruction sur le point de savoir si ses ressources sont insuffisantes (V. par ex. Mormet 17 juin 14).

Le Conseil d'Etat s'efforçait ainsi de se libérer d'un examen du fait pour lequel il n'était pas outillé, mais il n'y réussissait que dans une faible mesure. A la veille de la loi de 1919, son prétoire commençait à être envahi par des prétentions fondées sur les faits de la grande guerre qu'il devait, en principe, juger au fond (voir par exemple Villod 15 Mai 1917, Dame Vaillant 2 Août 1917).

Aujourd'hui, du reste, il est juge du fond pour les pensions auxquelles la loi de 1919 n'est pas applicable : indemnités réparatrices prévues par des lois spéciales, lois du 31 Mars 1917 et du 27 Décembre 1918 sur le *complément de pécule* (dans des arrêts du 6 Mai 1915, Regnier, et du 9 Décembre 1925, Vinciguerra, le Conseil d'Etat examine l'origine du décès ou de la maladie invoquée par les requérants), *pensions* soumise à la loi de 1831 (Gomville 15 Février 1928, Portevin 7 Juillet 1921) , pensions des *inscrits maritimes* (loi de 1853, Lelann 15 Février 1928, Ardisson 21 Mars 1928). Pour les *pensions civiles* le Conseil d'Etat vérifie toujours si la maladie provient de circonstances exceptionnelles (Belloc 26 Mars 1919, George 21 Décembre 1927, Gaby 25 Décembre 1928) si le requérant a accompli un acte de dévouement (Gorat 17 Juin 1925) si son infirmité est la conséquence de l'obligation où il s'est trouvé d'exercer ses fonctions dans des locaux dont l'insalubrité est attestée par les certificats produits au dossier (Villemont 1^{er} Mars 1907). De même pour les *pensions coloniales* (Gouverneur général de l'Indo-Chine 21 Décembre 1920, Monnier 3 Mai 1922; pour les *pensions communales* (Pommet 28 Mai 1927, Molinier

25 Juin 1928). Ces questions appartiennent toujours au contentieux de pleine juridiction.

B) Mais la compétence du Conseil d'Etat sur le fond, dans toutes ces matières, contraste avec la restriction de ses pouvoirs qui résulte de la loi de 1919 dans des matières toutes voisines. Instruit par l'expérience de ses prédécesseurs, le législateur d'après-guerre a compris que les premières garanties d'une bonne justice étaient, d'une part la multiplication des juridictions afin d'en faciliter l'accès et d'en prévenir l'encombrement le plus possible, d'autre part la représentation de l'élément technique et corporatif dans les juridictions ainsi créées.

La loi du 31 Mars 1919 crée des tribunaux de pensions dans lesquels siègent, à côté d'un magistrat de carrière, un médecin et un délégué des anciens combattants (1).

La loi du 7 Juillet 1916 institue de même, pour la contribution sur les bénéfices de guerre, des juridictions qui comprennent à côté des magistrats, des inspecteurs des finances, des contrôleurs des contributions directes et des membres des chambres de commerce.

Le législateur consacrait ainsi l'évolution accomplie par la jurisprudence, en d'autres matières, par le recours aux experts ; il doublait en même temps l'élément technique proprement dit d'une représentation des parties, qui accroît l'autorité morale du tribunal tout en lui fournissant certains éléments d'information particulièrement délicats à saisir : le représentant des mutilés, au sein du tribunal des pensions, correspond au délégué du personnel dans la commission de discipline.

C'est parce qu'il organisait ainsi une juridiction spéciale, armée pour l'examen des faits, que le législateur a entendu lui laisser l'appréciation souveraine des faits. Alors qu'au début du XIX^e siècle on avait cru donner une garantie au contribuable en subordonnant le conseil de préfecture au conseil

(1) Ces tribunaux ne peuvent être saisis que si une décision administrative a déjà été prise. Cette décision n'intervient elle-même qu'après consultation des commissions médicales dont le ministre se borne le plus souvent à homologuer les avis. Le tribunal ne rend donc la justice que quand l'Administration s'y est déjà elle-même essayée dans des conditions assez satisfaisantes.

d'Etat par la voie de l'appel, on a compris, depuis, ce que cette garantie avait d'illusoire et de gênant ; la législation de 1916 substitue pour la contribution sur les bénéfices de guerre, à l'appel devant le Conseil d'Etat, le recours en cassation contre les décisions des commissions spéciales. Le recours en cassation est, de même, seul ouvert contre les arrêts des cours de pensions.

C) Mais malgré la distinction acquise en fait, entre le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir, les textes législatifs continuent à parler du second, à propos du premier ; ils obéissent sans doute à la tradition qui excluait au XIX^e siècle l'examen du fait dans le contentieux de l'annulation, et ils emploient la terminologie antérieure à LAFERRIÈRE, celle qui ignorait le recours en cassation, mais opposait le *recours pour excès de pouvoir*, formé contre les décisions des conseils de révision par exemple, et l'*appel* des décisions des conseils de préfecture. Mais cette rédaction législative empêche le juge de traduire dans la terminologie des arrêts, la distinction entre le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir ordinaire, soumis l'un et l'autre à des régimes différents.

Le recours en cassation ne peut donc apparaître dans les arrêts que comme une espèce du recours pour excès de pouvoir « lato sensu » : Manguin 4 Mai 1917. « Considérant que le conseil de revision est une juridiction, que si aux termes de l'art. 21 de la loi de 1905, ses décisions peuvent être attaquées devant le Conseil d'Etat pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi, le recours ainsi formé est soumis aux règles générales applicables au pourvoi en cassation. »

Tout est donc, dans cette matière, création jurisprudentielle et ce ne sont donc pas des préoccupations juridiques, mais les exigences politiques d'une bonne justice administrative qui commandent la distinction des recours ; ces exigences sont moindres dans le recours en cassation parce qu'il y a déjà eu un premier juge. Le Conseil d'Etat se refuse non parce qu'il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir, mais parce que les requérants ont déjà bénéficié d'un examen juridictionnel et qu'il y a été procédé par un tribunal sans doute aussi impartial que le serait le Conseil d'Etat, et pratiquement mieux placé.

140. Mais la distinction du recours en cassation et du recours pour excès de pouvoir proprement dit, qui incombe ainsi à la jurisprudence, reste délicate. Comment reconnaître les décisions juridictionnelles auxquelles s'applique le premier de ces recours et les décisions administratives ? Cette distinction dont le critère est partout controversé (v. chap. XIV), s'obscurcit davantage encore dans notre droit administratif : il institue, en effet, des organes collégiaux devant lesquels l'instruction se fait avec la collaboration des intéressés ; mais l'intervention de ces nouveaux organes dans des domaines où le chef administratif, la veille encore, exerçait seul le pouvoir discrétionnaire, est excusée, masquée par le maintien nominal du pouvoir de décision au profit de l'administrateur actif (tel est, par exemple, le cas des conseils de discipline). Les commissions créées ne sont en principe que des organes consultatifs, préparatoires (ci-dessus p. 158) ; au moment même où l'Administration se « juridictionnalise », en fait, le caractère officieux, la variété des formes de ce mouvement, l'indétermination de ses limites l'empêchent d'avoir toutes ses répercussions juridiques.

Les différences réelles dans la procédure précédant la décision intervenue ne pouvaient donc pas servir à distinguer le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation. Aussi la qualification du recours ouvert contre les décisions de divers organes est controversée, les auteurs procèdent par énumérations, sans poser de principes véritables, pour étudier le recours en cassation.

Dans une des dernières études consacrées à cette question, M. DE FONT REAULX (p. 85) relève l'impossibilité d'établir une distinction matérielle fondée sur la nature de la question tranchée, et n'admet qu'une distinction formelle ; le critère doit être cherché selon lui, dans la force que les textes ont entendu conférer aux actes de l'organe dont émane la décision attaquée, et non dans la procédure suivie ; cette force ne dépend pas nécessairement de la procédure applicable puisque de nombreux arrêts du Conseil d'Etat, pour conclure à l'application de certaines règles de procédure, se fondent sur le caractère juridictionnel qui résulte pour une autorité des termes de la loi qui rend ses décisions définitives : (voir pour le secret des délibérations : Legillon 17 Novembre 1922, pour la communi-

cation des pièces et le droit de la défense, Villier 1^{er} Novembre 1918, pour l'obligation de motiver les décisions, Legillon 5 Décembre 1924). Le caractère de juridiction est ici la cause et non l'effet de la procédure suivie.

Mais rechercher l'autorité conférée par la loi aux décisions de la commission créée, est souvent chose très délicate, car les textes ne résolvent plus guère cette question.

Les juridictions que LAFERRIÈRE indique comme soumises au recours en cassation avaient été instituées par des lois qui qualifiaient leurs décisions de définitives, fixant ainsi leur caractère (à leur égard le recours en cassation peut même apparaître aujourd'hui, au point de vue des textes, comme un compromis entre l'universalité du recours pour excès de pouvoir prévu par la loi de 1872, et la prohibition des recours prévue par les lois spéciales). Le fait qu'il s'agit d'un recours en cassation se déduit, de même, pour les tribunaux de pensions, des dispositions relatives au renvoi après annulation. Mais d'autres lois (par exemple celles du 1^{er} Juillet 1916 instituant une Commission supérieure des bénéfices de guerre, ou du 4 Mars 1919 pour les commissions de reconstitution foncière) parlent simplement de recours pour excès de pouvoir, et devant l'ambiguïté de la terminologie législative, étant donné l'absence de critère juridique net, la distinction des recours devient une affaire d'espèce et peut être d'arbitraire.

141. Mais en fait cette incertitude présente moins d'inconvénients qu'on ne pourrait le croire. La raison pratique qui a dicté la séparation des deux recours ne peut plus servir à tracer leur ligne de démarcation : la nature apparente du recours ne peut pas se modeler toujours sur la nature véritable de l'organe dont émane la décision attaquée, puisque le recours en cassation réservé aux seules décisions reconnues comme juridictionnelles, ne peut pas être substitué au recours pour excès de pouvoir proprement dit, là où aucun texte ne reconnaît la substitution, opérée en fait, d'un organe juridictionnel à un organe administratif.

Mais la cause qui a dicté la distinction des recours ne cesse pas pour cela de manifester son action. Il existe, en effet, un grand nombre de questions pour lesquels le Conseil d'Etat, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir proprement dit,

se refuse, tout comme dans les recours en cassation, à censurer la fausse appréciation des faits.

Ce refus du juge n'est pas dû à l'absence de règle liant la compétence administrative : la règle existe ici, il y a pour l'intéressé un droit subjectif, l'examen juridictionnel des faits s'impose bien plus impérieusement que là où il s'agit d'adapter à un cas particulier, une définition aussi vague que celle de l'ordre public. Le Conseil d'Etat refuse d'apprécier, par exemple, l'indigence alléguée parce que d'autres ont déjà pratiqué, à son propos, un examen présentant les garanties juridictionnelles. Le Conseil d'Etat s'abstient, parce qu'une partie de la tâche a déjà été accomplie.

Le recours en cassation, avons-nous dit, est un recours pour excès de pouvoir qui n'a pas évolué parce que la nécessité ne s'en faisait pas sentir. Il y a aussi des recours pour excès de pouvoir qui, tout en gardant cette dénomination, n'évoluent pas parce que la nécessité ne s'en fait pas sentir. La même cause produit donc les mêmes effets à propos de recours nominalement différents qu'elle contribue à rapprocher.

Il en est donc finalement de la distinction entre le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir, comme de l'abandon de la théorie du ministre juge (voir chap. XIV) elle présente un intérêt bien inférieur à celui qu'on pourrait attendre à première vue, car elle ne modifie pas l'action de certains éléments constants de la justice administrative : ici division du travail entre les diverses juridictions successivement compétentes, là collaboration de l'Administration active et du juge. Dans les deux cas l'adoption de tel ou tel point de vue n'a d'importance pratique que pour quelques questions de procédure : recevabilité de l'opposition par exemple.

Cet intérêt justifie ici assurément les efforts faits pour déterminer quelles sont les autorités qui relèvent vraiment du Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation, mais pour la question étudiée ici, il convient surtout de rechercher les organes dont le Conseil d'Etat se refuse à contrôler les appréciations de faits, la qualification du recours restant secondaire.

A) Nous avons déjà rencontré (n° 89) une restriction des

pouvoirs du Conseil d'Etat là où existaient des commissions de discipline. Nous avons cependant étudié ce cas en même temps que toutes les autres hypothèses dans lesquelles l'appréciation des faits est réservée à l'Administration parce que cette appréciation, dans la décision attaquée, n'était pas, juridiquement parlant, celle de l'organe délibérant, mais celle de l'administrateur actif ayant pris la décision en cause après avis ; la loi n'avait donné aucun pouvoir aux commissions consultatives, leur intervention n'était ni générale, ni toujours suffisamment indépendante, elle n'était jamais décisive en principe.

Elle ne pouvait donc pas être *juridiquement* invoquée dans les arrêts et le Conseil d'Etat pour suppléer aux insuffisances politiques, a procédé, nous l'avons vu, à un contrôle étendu des limitations internes.

Mais dans d'autres cas où ces causes de confusions disparaissent, la situation est beaucoup plus nette. Les arrêts excluent rigoureusement, expressément, constamment tout examen du fait, y compris celui que nécessiterait le contrôle des limitations internes. Quelles sont donc les autorités auxquelles cette dernière jurisprudence est applicable ? Il suffira d'énumérer celles qui existent encore ou ont existé dans les vingt-cinq dernières années.

B) Il faut tout d'abord noter bien entendu les autorités contre les décisions desquelles on s'accorde à reconnaître que le *recours en cassation* est seul ouvert.

a) Le Conseil Supérieur de l'Instruction publique, la Cour des Comptes et le Conseil de Revision, la Commission Supérieure des *bénéfices de guerre* — (voir les conclusions de M. Berget sous l'arrêt Villes 10 Août 1918, et Gadoulens, 13 Décembre 1918) — la Commission Supérieure de classement des *Etablissements de luxe* — (voir Blanchard 16 Décembre 1921, Bizet 22 Décembre 1922, Malant 5 Janvier 1923 — l'art. 65 de la loi du 25 Juin 1920 indique que la commission statue en dernier ressort).

b) Les commissions départementales (1) de *reconstitution*

(1) Les commissions communales ne sont au contraire que des organes consultatifs.

foncière (Designé 19 Novembre 1924, Legillon 5 Décembre 1924) un règlement d'administration publique du 13 Septembre 1920 qualifie leurs décisions de définitives ; les commissions de *lotissement* (17 Juillet 1923, Sorel) ; les commissions de *remembrement* : (Benet Blanchet 29 Juillet 1927, Arlaux Costy 20 Mai 1927) : le décret du 10 Septembre 1920 indique dans son art. 51 que leurs décisions sont définitives à tous égards, sauf la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir.

c) Voir pour la caisse de *secours des mineurs* (art. 89 de la loi du 31 Mars 1903) : Rolland 25 Mai 1908, Hubersen 18 Mars 1910. « Considérant que l'unique grief relevé sur la requête du sieur N. contre la décision de la commission spéciale de Béthune, en date du 30 Juillet 1908, est tiré de ce qu'elle contiendrait une erreur de fait (fausse appréciation du revenu) que même en la tenant pour établie, cette erreur ne saurait constituer un excès de pouvoir ou une violation de la loi. »

Voir aussi pour les commissions de *remboursement des marks* aux Alsaciens-Lorrains : Kruhm 28 Octobre et 23 Novembre 1927.

C) La nature véritable des *commissions* cantonales et départementales d'*assistance* est discutée. M. HAURIOU (S. 13-3-65) y voit des autorités administratives, mais dans une note au S. 23-3-57, il indique qu'elles se rapprochent cependant d'une juridiction, et se demande si le Conseil d'Etat n'aurait pas désormais l'intention de les traiter comme elles. (Voir pour la nature juridictionnelle, BONNARD *R. D. P.* 1923, p. 385, comp. DEROUIN et WORMS *Traité de l'Assistance* t. I, p. 281).

Le Conseil d'Etat ne semble pas avoir pris parti dans la question, mais par une jurisprudence constante il décide que la commission centrale apprécie souverainement les ressources d'une personne qui réclame l'assistance (Préfet de la Savoie 22 Juillet 1921, Cabroch 2 Juin 1922, Germain Rousseau 6 Juillet 1923) ou la gravité de l'infirmité et l'incapacité de travail (Sterling 14 Juin 1918) (1).

(1) Par contre, lorsque les contestations portent sur le *domicile de secours* (art. 3 et 4 de la loi du 14 Juillet 1905, l'art. 35 de la même loi donnant compétence au conseil de préfecture), le Conseil d'Etat connaît en appel le fond même du litige en vertu du principe de procédure suivant lequel la voie de l'appel, à l'exclusion du recours pour

Le Conseil d'Etat est également incompétent pour apprécier les ressources de l'administré lorsqu'il s'agit de décisions rendues par la Commission cantonale d'assistance aux *femmes en couches* (Préfet Savoie c/Dame Gronon 17 Décembre 1920 ; Le Hir 30 Janvier 1924, Moulin 29 Juillet 1925 « le requérant n'invoque aucun moyen d'excès de pouvoir ») l'art. 17 de la loi du 15 Juillet 1893 indique qu'il est statué souverainement par une commission cantonale.

Un arrêt du 6 Février 1924 (Stephen), étend du reste cette force des appréciations de fait au cas où le préfet statue à la place de la commission (quand l'assisté n'a pas de domicile dans la commune de résidence).

Cette jurisprudence s'étend enfin aux différentes commissions qui statuent sur l'octroi d'*allocations aux militaires* (Casanova 4 Mars 1925) aux *soutiens de famille* (Abbiteboul 23 Juin 1911), aux *réfugiés* (Pousardin 26 Mars 1924).

D) De même les *commissions de classement* pour les emplois réservés prévues par la loi de 1905 sur le recrutement, possèdent un pouvoir souverain d'appréciation (Bageret 26 Juin 1908) à propos de la moralité des candidats : Tran d'Ouesteau, 5 Juillet 1912, « qu'il appartient à la commission de classement d'apprécier la moralité des candidats aux emplois réservés en vertu de la disposition de l'art. 1^{er} du décret du 26 Août 1905, que cette appréciation n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat au contentieux. » Idem Jameau 17 Janvier 1913. Le pouvoir d'appréciation de la commission demeurant entier, même lorsque le requérant ayant été condamné, a bénéficié d'une réhabilitation et obtenu de nouveau son certificat d'aptitude professionnelle (Pierrard 30 Décembre 1921) id. Brassini 7 Avril 1922, Bertrand 24 Mars 1922, Boudet 8 Juin 1921 (l'arrêt parle de « l'opportunité des appréciations de la commission », voir aussi pour ce libellé, Ville 21 Février 1927).

Et pour les commissions prévues par le décret du 14 Juil-

excès de pouvoir, ou du recours en cassation, est seule ouverte contre les décisions des conseils de préfecture (Commune de Faucigny, 1^{er} Février 1911, Maire de Pont Favergier 14 Janvier 1910, 18 Septembre 1918 Ville de Paris, Chateaufvillain 26 Mars 1918, etc...). Idem à propos de l'internement d'un aliéné : Cne de Cabanal 24 Juin 1925,

let 1916, art. 10 : Buresi 4 Juillet 1923, Bouillet 2 Avril 1924, (qui relève toutefois l'absence de détournement de pouvoir), Jourdain 2 Novembre 1923.

Par contre une fois donné, l'avis de cette commission doit être suivi (Curta 10 Août 1918). Un nouvel examen médical ne saurait être prescrit (Leccia 3 Juin 1927).

E) A la différence du conseil de révision, les *commissions de réforme* ne sont pas pour certains auteurs de véritables juridictions. (Gugliemi 18 Mai 1917), v. aussi FONT REAULX, p. 107. Mais dans plusieurs arrêts le Conseil d'Etat se refuse à examiner les appréciations de fait de ces commissions (voir Tisserre 18 Mai 1917, Gely 6 Août 1920, Huault 16 Juin 1926, à propos de classement dans le service auxiliaire). De même pour les décisions des *conseils de régiment* refusant un rengagement en raison d'une appréciation prétendue inexacte de l'état de santé du requérant : (Chaillon 7 Août 1911).

Un arrêt du 18 Mai 1917 (Jeanneret) paraît cependant admettre la possibilité d'un contrôle du détournement de pouvoir qui aurait été commis en présentant un soldat classé au service auxiliaire à la commission, en vue de son classement au service armé. De même l'arrêt Tisserre précité constate que le requérant a bien été examiné individuellement. Un arrêt du 27 Novembre 1922 (Salzes) admet encore la possibilité de prouver l'existence de manœuvres dolosives entachant la régularité de la décision prise.

On retrouve ici un contrôle qui rappelle un peu celui que nous avons déjà signalé ci-dessus (p. 187) : tout de même que le Conseil d'Etat assure un exercice normal du pouvoir discrétionnaire, il assure ici une exécution normale de la fonction juridictionnelle. Il constate, sans reculer pour cela devant la possibilité d'un examen du fait, (l'arrêt Salzes parle même d'une enquête éventuelle) que l'organe dont émane la décision attaquée a bien été un *juge convenable*.

F) On retrouve ces préoccupations dans le contentieux des *examens et des concours*. Un arrêt du 23 Juin 1922 (Froment), rejette le recours dirigé contre les opérations d'un jury de concours en constatant qu'on n'invoque pas la violation d'un texte législatif ou d'un règlement : l'arrêt ajoute qu'on n'ad-

ministre pas la preuve d'une faute du jury, ce qui est l'affirmation d'un certain contrôle de la sincérité des opérations. (Id. Genestan 30 Juillet 1920 et Causset 21 Novembre 1919), (V. sur la nature des jurys de concours la note de M. HAURIOU, S. 1896, 3-66).

Un arrêt du 21 Novembre 1919 (Caissel) constate : « Que la détermination exacte des limites en deçà desquelles les questions inscrites au programme du baccalauréat, permettent d'interroger les candidats, constituent un point de fait laissé à l'appréciation des examinateurs, sous le contrôle des autorités universitaires et sur lesquels il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, de se prononcer. »

Le Conseil d'Etat rejette de même (Bourgoin 11 Mai 1923), un recours relatif aux notes de sortie de Polytechnique. « La requête qui ne présente à juger que la question d'appréciation des faits, sur laquelle il a été définitivement statué par l'autorité compétente, n'est fondée sur aucun moyen d'excès de pouvoir qui puisse être soumis au Conseil d'Etat. » Idem pour un examen d'entrée à Navale (Dampierre 11 Août 1869). Un arrêt du 28 Février 1919 (Thomas), déclare que le ministre et la commission de classement arrêtent souverainement les inscriptions sur la liste des candidats à l'emploi de maître armurier.

Mais on peut réclamer la *rectification* d'une *erreur matérielle* commise dans le calcul des notes (Goyot 12 Février 1909.) Et de même, à propos d'un concours d'*endurance* pour *véhicules militaires*, le Conseil d'Etat reconnaît le pouvoir d'appréciation de la commission, mais il se livre à un *contrôle* assez serré des faits et des incidents survenus au cours des épreuves, notamment quant à l'importance des avaries sur lesquelles le jury s'est fondé pour écarter certaines voitures de la compétition (Blum 15 Mars 1912).

142. Dans tous ces cas c'est la jurisprudence qui a exclu l'examen de fait, mais la loi du 10 Août 1871 a pris elle-même directement partie à son propos.

Lorsqu'il s'agit de l'ouverture, du classement, du redressement, ou de la déclaration de vicinalité des chemins ordinaires, l'art. 88 de cette loi décide que les décisions de la commission départementale pourront 1) être frap-

pées d'appel devant le conseil général pour cause « d'inopportunité ou de fausse appréciation des faits » (le texte lui-même rapproche ces deux notions). 2) Elles pourront être « déférées au Conseil d'Etat statuant au contentieux, pour cause d'excès de pouvoir ou de violation de la loi, ou d'un règlement d'administration publique. » Les moyens de fait sont opposés ici, par la loi aux moyens d'excès de pouvoir ; les recours prévus sont distincts, l'usage de l'un ne conserve pas les délais de l'autre (LAFERRIÈRE II, p. 467, Lesvergnais 1^{er} Février 1884, Bonvin 9 Janvier 1883, Perrette 2 Novembre 1923) et celui qu'on qualifie de recours pour excès de pouvoir semble s'apparenter beaucoup au recours en cassation.

A) De nombreux arrêts du Conseil d'Etat constatent que l'opportunité de la décision attaquée, ou la fausse appréciation de faits sur laquelle elle repose, ne sauraient être discutées devant le Conseil d'Etat : à propos d'un refus d'ouverture des chemins (Tallones 24 Juillet 1923) ; de leur classement (Vve Durand 22 Novembre 1918) ; de leur élargissement (Bousajol 12 Mai 1911, Chavarin 16 Juin 1922) ; d'un redressement (Sté Tonnelleries 9 Juillet 1920). La même distinction est applicable aux chemins ruraux (voir art. 4 et 13 de la loi du 8 Août 1881) : « Considérant que d'après l'art. 88 de la loi du 10 Août 1871, et l'art 4 de la loi du 20 Août 1881 combinés, c'est devant le conseil général que doivent être frappées d'appel devant le conseil général pour cause « d'inopportunité des faits, la délibération de la commission départementale ; que dès lors le requérant ne saurait à l'appui du recours pour excès de pouvoir, contester devant le Conseil d'Etat l'utilité ou l'opportunité de l'ouverture du chemin. » (Algrain 24 Juillet 1914 et Leblond 3 Mai 1907) Genries 18 Mars 1921.

B) Cependant, le Conseil d'Etat exerce, en réalité, même ici, un certain contrôle des faits, tout au moins indirect : il fait rentrer, dans la notion de l'excès de pouvoir, le détournement de pouvoir, et les arrêts précités avant de se refuser à discuter l'opportunité, relèvent qu'il n'y a pas eu de détournement de pouvoir.

Pour écarter celui-ci, le Conseil d'Etat n'hésite pas à rechercher si la mesure prise présentait une utilité quelconque,

et semble bien permettre ainsi une preuve indirecte du vice allégué : Duplan 12 Décembre 1902. « Considérant qu'il résulte des termes mêmes de la délibération attaquée, ainsi que des autres pièces versées au dossier, que l'ouverture du sentier traversant la propriété du requérant, aura pour effet d'abrégé pour les habitants du hameau de Curlay la distance à parcourir entre le hameau et le centre de la commune de V... rejette... » (Idem Vandenhösch 26 Décembre 1913). Dans un arrêt du 30 Juillet 1915 (Bondaz) on lit au contraire : « En attribuant à ce chemin dans cette partie une largeur de 37 m., la commission départementale n'a pas eu en vue les besoins de la circulation, mais a poursuivi, dans un intérêt autre que celui de la vicinalité, l'incorporation au chemin de terrains appartenant aux parties. » (La commune repoussait cette allégation). Idem Vey 10 Mai 1901 (on avait exproprié sur une trop grande profondeur), Raynaud 28 Février 1902, Sallerin 2^e Janvier 1907.

La différence de ce contentieux avec celui de l'alignement par exemple, apparaît donc comme moins sensible qu'au premier abord. Parfois même il semble que la violation de la loi qui motive l'annulation, provient uniquement d'une fausse appréciation des faits : Vallée 26 Mars 1915. « Qu'il est établi par l'instruction que la commission départementale a attribué au chemin de M.. une largeur uniforme de 6 m. alors que ledit chemin présentait à son point de départ, à l'époque où est intervenu l'arrêté de reconnaissance, une largeur supérieure ; qu'ainsi ledit arrêté a été pris en violation de la disposition précitée. »

Mieux que tous autres, semble-t-il, ces arrêts font ressortir l'impossibilité de séparer, a priori, la fausse appréciation des faits et la violation de la loi ; et montrent ce qui rentre d'arbitraire dans les séparations inévitables pratiquées par les tribunaux. Ils montrent aussi que le Conseil d'Etat tient compte, moins des définitions ambiguës contenues dans la loi, que des garanties réelles d'impartialité que présentent aux particuliers les autres recours préalables ou simultanés mis à leur disposition.

Ainsi reparait une fois encore le motif profond qui, à travers l'allusion à la forme du recours pour excès de pouvoir, et à son incompatibilité avec l'examen du fait, réalise l'unité véritable de cette jurisprudence : y a-t-il eu un examen pré-

sentant des garanties d'objectivité suffisante ? C'est la question que se pose le Conseil d'Etat pour savoir s'il élargira le recours pour excès de pouvoir, ou s'il lui conservera son étroitesse primitive.

Et comme les garanties que présentent les différentes autorités varient lentement de l'une à l'autre, il y a pour le Conseil d'Etat entre le contrôle complet qu'il exerce sur la fixation des distances d'un cimetière par rapport aux habitations agglomérées par exemple, et son abstention dans les affaires de pensions soumises à la loi de 1919 (1), des types intermédiaires comme celui du contrôle sur le classement des voies rurales.

143. Ainsi tantôt la loi elle-même prend partie sur le caractère d'un organe, en donnant à ses décisions un caractère définitif (c'était le cas auquel pensait LAFERRIÈRE), les arrêts déduisent alors de la nature juridictionnelle affirmée par le législateur, la procédure à suivre ; tantôt, au contraire, là où le législateur n'a pas pris partie, le Conseil d'Etat suit la marche inverse, il considère la procédure prescrite par les textes, constate qu'elle est semblable à celle qu'il imposait tout à l'heure lui-même comme un effet de la nature juridictionnelle et en déduit, pour les décisions prises suivant cette procédure, une nature juridictionnelle ainsi que des voies de recours semblables à celles qui sont assignées aux décisions reconnues comme juridictionnelles par la loi.

L'observation des formes habituelles aux tribunaux, par un organe non défini, dans la loi, produit donc les mêmes conséquences que la reconnaissance, par la loi, du caractère juridictionnel d'un autre organe. Le Conseil d'Etat tend ainsi, en dernière analyse, à confondre la question de savoir s'il y eut intervention d'un juge, et celle de savoir s'il y a eu observations de garanties équivalentes à celles que comporte l'exa-

(1) Voir sur la manière dont est conçue la distinction du droit et du fait, vis à vis des organes nettement juridictionnels, comme les tribunaux de pensions par exemple, FONT REAUX. On retombe ici dans le cas normal d'une répartition de compétences entre tribunaux, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'apparente beaucoup à celle de la Cour de Cassation. Nous n'insisterons donc pas sur ce point.

men juridictionnel. Ces deux questions n'en font qu'une dans sa jurisprudence : la qualification de l'organe dépend de ces caractères formels (nous verrons d'ailleurs chap. XIV) que logiquement il doit toujours en être ainsi.

Il serait intéressant de poursuivre davantage l'analyse de la jurisprudence pour déduire, des cas où l'examen du fait est exclu (malgré l'existence d'une compétence liée), les caractères auxquels le Conseil d'Etat reconnaît l'examen, pratiqué par d'autres, sur lequel il se dispense de revenir.

Il faudrait entreprendre l'étude détaillée de la législation relative à chacun des organes visés, et le laconisme des arrêts, qui rendent imparfaitement l'étendue des investigations opérées, empêcherait probablement d'aboutir à des résultats suffisamment certains.

On constate cependant que les organes énumérés ci-dessus sont des autorités « en marge » de l'Administration active, qui n'interviennent que pour statuer sur des questions déterminées, dont les décisions ne peuvent plus être réformées, sont définitives ou tendent pratiquement à l'être. Les textes applicables permettent d'autre part aux intéressés de se faire entendre devant presque toutes ces autorités, organisent le débat préalable avec l'intéressé » dont parlait déjà LAFERRIÈRE. Liberté à l'égard de l'Administration active, participation des intéressés devant presque toutes ces autorités, organisent « le débat seil d'Etat pour pouvoir se récuser nonobstant l'existence d'une règle qui liant la compétence de l'autorité exécutive, semblerait devoir inciter la Haute Juridiction à examiner le fond de l'affaire. Y a-t-il alors recours de cassation ou recours pour excès de pouvoir, proprement dit ? C'est là une question secondaire, nous l'avons vu.

Ici encore, par conséquent, la persistance des distinctions de procédure, des considérations tirées de la forme du recours concorde dans son effet, sinon avec la nature de la règle de droit applicable, du moins avec un principe de division du travail qui régit toute la jurisprudence du Conseil d'Etat.

144. Mais cette concordance disparaît pour d'autres questions.

A) Le Conseil d'Etat affirme que l'étendue de ses investi-

gations est différente dans le contentieux de l'annulation et dans le contentieux de pleine juridiction — lorsqu'il refuse d'annuler la révocation d'un employé qui conteste les faits qui lui sont reprochés, mais lui accorde une indemnité parce que la municipalité a commis une faute.

Marc (2^{me} arrêt) 20 Juin 1913 « Considérant que si par décisions de ce jour, le Conseil d'Etat a reconnu que l'arrêté de renvoi du sieur Marc n'était pas entaché d'excès de pouvoir, il y a lieu d'apprécier à l'occasion de la demande d'indemnité présentée par le sieur Marc si la mesure dont il a été l'objet était justifiée. » L'arrêt constate ensuite que le requérant n'a pas commis de faute. L'arrêt précédent avait rejeté le recours pour excès de pouvoir, en se refusant à discuter « l'opportunité de la mesure prise. »

V. aussi Rousseau 21 Février 1913, Lhaudon 13 Mai 1921, Hébert 1^{er} Mars 1918, (deux arrêts dont l'un annule la révocation parce qu'elle était irrégulière, et l'autre accorde l'indemnité parce que la révocation était injustifiée) ; inversement, deux arrêts Delbaert du 28 Février 1913, dont l'un refuse l'indemnité parce que la révocation était justifiée au fond, et dont l'autre annule la même révocation, de façon purement platonique par conséquent, parce qu'elle était irrégulière en la forme. Un arrêt du 3 Août 1928 (Bacon) rappelle, du reste, que le recours pour excès de pouvoir n'est pas pour un fonctionnaire le préalable forcé d'une demande d'indemnité (1).

Il est pourtant certain que les deux questions sont logiquement liées : si la municipalité n'a fait qu'user de sa liberté, elle n'a pas commis de faute : « *neminem ledit qui suo jure utitur* ». Elle n'a commis une faute qu'en excédant sa liberté et sa décision est alors illégale ; M. le Commissaire du Gouvernement TEISSIER l'indiquait sous l'arrêt Le Berre 29 Mai 1903 et *Répertoire Becquet* t. XXIII p. 188 (1).

(1) Cette jurisprudence ne s'applique d'ailleurs pas à toutes les matières : pour la police municipale, par exemple, la question de la légalité est la même dans les deux contentieux (Tresallet 16 Juillet 1926).

(1) C'est pour résoudre la contradiction des arrêts que M. DUEZ, (p. 48), propose d'expliquer par la théorie du risque l'octroi d'une indemnité pour renvoi brusque. Mais la théorie du risque n'est pas adoptée dans cette matière par le Conseil d'Etat.

B) Dans un certain nombre d'arrêts rendus pour diverses matières et visés au *Recueil Lebon*, sous la rubrique « Procédure, Ministère d'Avocat », le Conseil d'Etat déclare irrecevable le recours formé sans ministère d'avocat par le motif qu'il présentait uniquement à juger des questions de fait et qu'il ne saurait dès lors être un recours pour excès de pouvoir bénéficiant de la dispense du décret de 1864.

a) L'art. 3 de la loi du 9 Avril 1918 institue un *pécule* pour les militaires décédés par suite de maladies contractées en service. Les ayants-droit des victimes ont souvent déféré au Conseil d'Etat les décisions de refus de pécule, qu'ils considéraient comme fondées sur une inexacte appréciation des faits. Le Conseil d'Etat s'est refusé à admettre qu'un grief semblable pouvait fonder un recours pour excès de pouvoir. (Tarrisse 13 Janvier 1922, Le Bouil 28 Avril 1926, Vincent 20 Février 1924, Boileau Poulet 8 Juin 1923, etc.). Par contre, là où le recours est introduit par un avocat, le Conseil d'Etat en examine le bien fondé. (Le Rolland 16 Mars 1923).

b) De même pour l'évaluation de diverses *indemnités administratives* : Marani 28 Avril 1926 (frais du personnel auxiliaire d'une recette) « Que sa requête qui est fondée uniquement sur des moyens de fait, ne peut être envisagée comme un recours pour excès de pouvoir. » ; Battesti 24 Mars 1926 (demande de calcul de l'indemnité de charges militaires suivant le taux applicable aux chefs de famille en vertu du décret du 19 Août 1920) « Que la requête présente uniquement des questions de fait qui ne peuvent être discutées par la voie du recours pour excès de pouvoir. » ; Manjou 10 Mars 1926, à propos de la réclamation d'indemnité pour frais de résidence.

Cavaillé 20 Avril 1923 : « Considérant que la requête tend à faire apprécier les circonstances de fait dans lesquelles le requérant a été appelé à effectuer son service, qui justifieraient le paiement de l'*allocation* prévue au décret du 12 Juin 1908, que ce litige dans les conditions où il se présente, et bien que le requérant ne prétende soulever que la question de légalité, ne saurait, par sa nature, donner lieu qu'à un recours de pleine juridiction et ne pouvait, dès lors, être introduit dans la forme d'un recours pour excès de pouvoir. »

c) Un arrêt du 13 Mars 1925 (Gabert), exclut le recours pour

excès de pouvoir à propos de questions de fait relatives à la *responsabilité d'un comptable*. (Id. pour un ordre de reversement, Verger 29 Juillet 1923).

d) L'origine d'une *maladie* dont dépend la question de savoir si le requérant a droit aux frais de *traitement* ne peut être contesté que par le ministère d'avocat. (Moine 15 Décembre 1926).

Voir aussi à propos d'un refus de *congé* avec traitement : Tuberti 23 Mai 1919. « Considérant que le recours susvisé n'est fondé que sur une inexacte appréciation des faits ; que par suite il ne peut donner lieu à un recours pour excès de pouvoir. » V. aussi Guillemette 13 Janvier 1920 : la maladie dont le requérant était atteint avait-elle été contractée au front, ce qui aurait empêché son *renvoi des cadres*, aux termes de l'art. 1^{er} du décret du 24 Juillet 1917 ? Le Conseil d'Etat décide que « l'inexacte appréciation qui aurait été faite par le ministre, d'après le requérant, des origines de sa maladie, n'est pas de nature à être invoquée comme moyen d'annulation pour excès de pouvoir. »

e) De même pour les *habitations à bon marché* (loi du 12 Avril 1906) : Carpentier 24 Novembre 1911. « Considérant que l'unique grief relevé par le sieur C... contre la décision attaquée est tirée de ce qu'elle contiendrait une inexacte appréciation du degré de salubrité de l'immeuble dont il s'agit ; que le fait invoqué alors même qu'il serait établi, ne saurait constituer un excès de pouvoir ou une violation de la loi. »

Les arrêts récents analogues à ceux que nous venons de citer, ne paraissent pas, il est vrai, très nombreux, mais ils attestent une disposition d'esprit toujours moins favorable à l'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir, que dans les autres recours. Cette disposition ne se manifeste pas plus souvent en partie à cause de la prudence des requérants et surtout de leurs avocats : sous l'influence des arrêts précités et de la doctrine traditionnelle pour laquelle le Conseil d'Etat est juge du droit seul dans le contentieux de l'annulation, les conseils juridiques des administrés leur recommandent de former des recours de pleine juridiction pour discuter les faits. C'est ainsi que les demandes d'annulation, en cas de

révocation, sont beaucoup plus rares que les demandes d'indemnités de la part des employés communaux sans statut.

145. Ces arrêts qui excluent le recours pour excès de pouvoir parce qu'il s'agit d'une contestation de fait sont en contradiction avec plusieurs des principes applicables.

a) Tout d'abord la contestation de fait n'exclut pas le recours pour excès de pouvoir, puisque d'innombrables arrêts rendus sur ce recours tranchent des questions de fait (v. p. 227 les conclusions de M. ROMIEU).

b) Si l'on considère le fondement légal du droit de recours, il doit être cherché soit dans des textes particuliers à une matière déterminée, soit dans des règles générales ; ces dernières sont, en droit français, la responsabilité à raison d'une faute, le principe suivant lequel la violation d'un droit contractuel donne naissance à un recours contentieux, enfin la loi de 1790, rappelée par la loi de 1872, qui prévoit le recours pour excès de pouvoir.

On pourra parfois hésiter sur la qualification d'un recours ouvert par un texte spécial : Selon M. ROMIEU (arrêt Jacquin), « lors donc qu'on se trouve en présence d'une disposition de la loi qui prévoit un recours au Conseil d'Etat, sans le définir, et que ce recours est dirigé contre des actes d'autorité de l'Administration, il nous paraît indubitable que ce recours rentre de la manière la plus directe dans la catégorie des recours pour excès de pouvoir. » La jurisprudence ne consacre pas toujours cette thèse (v. ci-dessous n° 156). Mais il est certain que là où aucun texte n'a prévu de recours, celui que l'on forme sans demander le paiement d'une indemnité et sans invoquer un droit contractuel, est, soit un recours pour excès de pouvoir, soit un recours irrecevable comme n'étant autorisé par aucun texte.

Très souvent ces recours sont formés avec le ministère d'avocat, le Conseil d'Etat n'a pas alors à se prononcer explicitement sur leur nature, puisqu'ils réunissent, s'ils sont recevables, des conditions de formes suffisantes pour toutes les éventualités. Aussi paraît-il souvent difficile de dire si, dans tel arrêt, le Conseil d'Etat s'est considéré comme saisi d'un recours pour excès de pouvoir : la loi de 1790 n'est pas visée

dans beaucoup de cas où il s'agit incontestablement d'un semblable recours, l'invocation de la loi de 1872 n'exclut aucun des recours concevables.

Mais si l'on examine la question de plus près on s'aperçoit qu'en admettant la recevabilité de ces recours inommés, la Haute Juridiction s'est implicitement prononcée sur leur nature puisque n'étant prévues par aucun texte spécial, ils n'auraient pas été recevables s'ils n'avaient pas été des recours pour excès de pouvoir ; et le fait que le Conseil d'Etat ne prend même pas expressément partie sur la nature des recours qui soulèvent pourtant des contestations de fait (v. p. 206 et suiv.) prouvent combien celles-ci influent peu sur la qualification du recours.

c) Comment en serait-il autrement d'ailleurs puisque des arrêts de principe donnent, pour la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, un critère qui n'a rien à voir avec l'existence d'une contestation de fait ?

L'arrêt Lafage du 8 Mars 1912 a admis le recours contre la décision refusant à un fonctionnaire le paiement d'une certaine indemnité. La décision annulant ce refus équivalait pratiquement à la condamnation de l'Etat au paiement d'une indemnité. M. le Commissaire du Gouvernement PICHAT, a cependant insisté sur le fait que la recevabilité du recours pour excès de pouvoir n'exigeait que trois conditions :

- 1) Acte émané d'une autorité administrative ;
- 2) Violation d'une disposition légale ou réglementaire, et non d'une règle contractuelle ;
- 3) Enfin absence de recours parallèle (un autre recours devant le Conseil d'Etat n'étant pas un recours parallèle). Et il ajoutait : « Ne réduisons pas le recours pour excès de pouvoir, laissons-le être un instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue. »

Le Conseil d'Etat lui-même, dans son arrêt constatait que le recours « met seulement en question la légalité de l'acte de l'autorité administrative. » Dès lors, comme le dit M. HAURIOU (dans sa note S. 1913-3-1), résumant la pensée de M. PICHAT, la distinction des deux contentieux (en dehors des cas où le recours invoque la violation d'un droit contractuel) « n'est plus qu'une affaire de conclusions au gré du requérant. Si le requé-

rant ne veut conclure qu'à l'illégalité de la décision, recours pour excès de pouvoir, s'il veut conclure à la responsabilité, recours contentieux ordinaire, son *choix* est libre. »

Le rapprochement des deux contentieux les rend donc souvent interchangeable au gré du requérant et rien ne justifie plus les arrêts que nous venons de citer qui exigent le ministère d'avocat : car dans toutes ces espèces, les requérants avaient *choisi*, ils demandaient l'annulation d'une révocation, d'un refus de pécule, et non une condamnation de l'Etat, leur requête ne mettait en jeu que la légalité de la décision prise puisqu'ils soutenaient que le pécule avait été refusé dans un cas où il était de droit. Lorsqu'un congé n° 1 a été refus malgré une maladie contractée en service, le Conseil d'Etat annule la décision (p. 209) pour excès de pouvoir ; ne devrait-il pas de la même manière, pour les mêmes raisons, annuler le refus de délivrer un pécule puisque la loi en fait un droit pour les ayants-cause du militaire, dont le décès est imputable au service ?

On arrive encore à la même conclusion, si l'on adopte la distinction proposée par M. HAURIU dans sa note précitée. « Si le point de vue qui s'impose est celui d'une décision envisagée dans son effet exécutoire, recours pour excès de pouvoir, si le point de vue qui s'impose est celui d'une opération exécutée, recours contentieux ordinaire ». On ne peut se placer ici qu'au premier point de vue ; c'est la décision exécutoire de refus qui est attaquée.

Comment les arrêts peuvent-ils donc affirmer qu'il s'agit ici d'un recours de plein contentieux ?

146. Pour expliquer leur solution, on peut, en se plaçant à un point de vue différent de celui de l'arrêt Lafage, considérer que le décret de 1806 a assujetti les recours contentieux à des formes déterminées (notamment au ministère d'avocat) et que le décret de 1864 n'en a dispensé que le recours pour excès de pouvoir, que la différence ainsi établie s'impose « *ratione autoritatis* » sinon « *auctoritate rationae* », et qu'il ne saurait dépendre des particuliers de s'y soustraire par une ingénieuse rédaction de leurs conclusions. Prise à la lettre, la doctrine de l'arrêt Lafage conduisait, peut-on dire, à supprimer le contentieux de l'indemnité proprement dit. Partout où le Conseil

d'Etat est juge de première instance, en effet, la règle de la décision administrative préalable oblige le requérant à demander l'annulation de cette décision qu'il a dû provoquer. Les conclusions des requêtes en indemnités demandent donc toujours au Conseil d'Etat : 1) d'annuler la décision de refus du ministre, du préfet ou du maire ; 2) de condamner l'Administration au paiement de la somme réclamée.

Il aurait suffi aux requérants de supprimer la seconde phrase de leurs conclusions pour éviter le ministère d'avocat, tout en arrivant toujours à des résultats effectifs semblables. Cette conséquence méconnaîtrait certainement l'exigence du décret de 1806, et présenterait des inconvénients pratiques considérables. Habilement conseillés, et n'étant plus arrêtés par les frais élevés de procédure, les fonctionnaires parviendraient à faire le Conseil d'Etat juge de tous les litiges qui les intéressent, grâce à des pouvoirs dont l'instruction serait compliquée encore par l'absence de tout avocat. Des recours plus téméraires et plus confus à la fois, auraient encombré le Conseil d'Etat et, entravant son fonctionnement, aurait fâcheusement compensé, pour la bonne administration de la justice, l'avantage résultant de facilités nouvelles données à certains justiciables..

C'est pour éviter ce résultat que la jurisprudence est revenue à une distinction plus stricte des deux contentieux, à une application plus large de la théorie du recours parallèle. Pour se préserver d'un véritable afflux de recours, le Conseil d'Etat, que le législateur n'avait pas aidé, malgré le développement continu du contentieux administratif, a dû revenir à l'esprit des décrets de 1806 et de 1864, alors qu'il avait jusque-là retenu seulement la lettre des textes qui limitait l'application du recours pour excès de pouvoir. Le caractère et l'inspiration pratique de ce revirement de jurisprudence sont reconnus par M. ALIBERT (p. 145) qui les présente comme un retour à la théorie du recours parallèle (1).

Mais il convient d'ajouter que ces considérations pratiques entraînent parfois le rejet du recours en annulation là où il n'existe même aucun recours parallèle ; par exemple, lorsque

(1) Voir sur le rôle de ces considérations pratiques à propos de renvois devant le conseil de préfecture FONT REAUX, p. 339.

le fonctionnaire demande l'annulation de son renvoi des cadres, (arrêt Guillemette du 13 Janvier 1920 précité), il ne réclame certainement pas une condamnation pécuniaire, même sous une forme déguisée. Le Conseil d'Etat saisi d'une contestation qui lui paraissait confuse, où l'erreur administrative n'était pas évidente et où le droit individuel demeurerait assez accessible, devait pratiquement choisir entre l'examen de pareils litiges et d'autres plus importants, le moyen matériel d'examiner les uns *et* les autres lui faisant défaut.

Pour arrêter l'extension de sa compétence par un appel aux distinctions traditionnelles abandonnée ailleurs, le Conseil d'Etat s'est sans doute laissé influencer par la faiblesse du droit individuel invoqué, par l'opposition entre les faits constants et les faits contestables, (comp. p. 181, les conclusions de M. CORNEILLE à propos d'un transfert de cimetière).

« Tout examen quelque peu approfondi de la jurisprudence du Conseil d'Etat conduit à penser que la Haute Assemblée est avant tout une juridiction de fait : elle hésite à formuler des principes généraux. La plupart de ses décisions sont fondées sur des circonstances de fait » (FONT REAULT p. 385).

Ce sont des considérations de cet ordre qui expliquent sans doute l'abstention du juge et la persistance de la jurisprudence ancienne modifiée ailleurs. Ceux qui seraient tentés de reprocher au Conseil d'Etat ces décisions devraient se demander ce qui a été fait pour permettre à la juridiction administrative de suffire aux tâches accrues que lui apportaient les progrès simultanés de l'étatisme et du sentiment démocratique.

Entre l'extension de la vie administrative, la force de l'esprit de légalité, sous le Second Empire et de nos jours, quelle commune mesure ? Peut-on dire cependant que la réorganisation du Conseil d'Etat a marché de pair avec cette évolution, que le législateur a donné au contentieux administratif, toutes les juridictions subordonnées qu'il aurait dû avoir ?

147. La contre épreuve qui confirme les effets de la carence législative, est fournie par un exemple récent montrant les progrès qui peuvent être réalisés par une loi. Nous avons montré à propos du *pouvoir disciplinaire*, que la réserve de l'opportunité à l'Administration était souvent motivée par une

transformation de cette Administration elle-même, mais que la netteté et l'organisation insuffisantes de la transformation avaient empêché le Conseil d'Etat d'adopter dans cette question une attitude simple et précise : il ne pouvait ni invoquer l'existence d'organes seulement consultatifs, ni étendre leur intervention ; il ne pouvait pas matériellement, non plus examiner tous les litiges, il avait voulu malgré tout, étendre son contrôle du détournement de pouvoir et utiliser les distinctions de procédure, afin d'offrir, par la voie du contentieux de l'indemnité, quelques-unes des garanties que ne donnait pas le recours pour excès de pouvoir.

Il faut ajouter que l'annulation d'une révocation n'aboutit pas elle-même nécessairement, pour un fonctionnaire sans statut, à la réintégration, ni même, chose plus surprenante encore, au paiement de son traitement échu entre le moment de la révocation et celui de son annulation. (Louvin 2 Mars 1932, et a contrario Trebuchet 29 Janvier 1932). L'existence ou l'absence d'un statut paraîtraient cependant, à première vue, devoir rester sans rapport avec l'exigibilité du traitement. Mais la logique juridique atténue ses conséquences pour permettre un compromis avec la nécessité de ménager les finances des petites collectivités. Le Conseil d'Etat ne peut donc pas réaliser lui-même l'extension de la garantie juridictionnelle, que commandent cependant les tendances de sa jurisprudence. Il n'est pas outillé pour faire prévaloir celles-ci. Il a besoin d'une intervention législative qui organise l'examen juridictionnel du fait et lui donne des conséquences normales.

Cette intervention semble bien s'être produite pour les employés communaux avec la loi du 12 Mars 1930, suivie du règlement d'Administration publique du 23 Juillet 1930. Ces textes qui créent un embryon de statut commun à tous les employés municipaux, ainsi que des conseils de discipline dont l'intervention est obligatoire paraissent permettre la réconciliation de la jurisprudence avec elle-même.

En atténuant la différence qui sépare les fonctionnaires à statut des fonctionnaires sans statut, ils commandent, semble-t-il l'abandon de la distinction faite entre les uns et les autres au point de vue des effets de l'annulation pour vice de forme : si l'on accroit l'importance des formalités protectrices, il convient d'accroître corrélativement, semble-t-il, l'énergie

de leur sanction : annuler une révocation équivaldra donc toujours à réintégrer le fonctionnaire avec paiement de l'intégralité du traitement pour l'intervalle de temps écoulé.

D'autre part le Conseil d'Etat pourra pratiquement réduire encore son examen des faits, aussi bien dans le contentieux de l'indemnité que dans celui de l'annulation, puisque cet examen aura toujours été fait par une autorité dont les éléments opposés se neutraliseront pour assurer l'impartialité, et qui sera pratiquement mieux informé.

L'organisation technique de ce contentieux en superposant deux juridictions ramène la plus haute vers un rôle, analogue à celui d'une Cour de cassation, qui avait jadis tendu à être le sien, désencombre son activité en même temps qu'elle assure une meilleure justice. La loi de 1930 s'apparente ainsi aux lois qui ont créé toutes les juridictions administratives spéciales : elle atteste l'efficacité d'une continuité entre la politique législative et la politique jurisprudentielle (1).

(1) Voir aussi à ce propos *R. D. P.* 1919 p. 65, les déclarations de M. le Conseiller d'Etat HEBRAUD DE VILLENEUVE, sur les commissions d'assistance. « La jurisprudence de la commission ratifiée par consentement tacite des parties et par la décision souveraine du Conseil d'Etat est donc établie aujourd'hui sur les bases les plus solides, ce qui facilite singulièrement le fonctionnement normal et rapide de la loi. »

CHAPITRE XII

LE CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION

148. Le Conseil d'Etat demeure juge du fait, aujourd'hui comme au siècle dernier pour toutes les matières classées dans le contentieux de pleine juridiction.

Nous avons déjà cité l'opinion de LAFERRIÈRE à propos des différentes branches de ce contentieux. Là où il s'est toujours considéré comme le véritable juge auquel les parties avaient *droit*, le Conseil d'Etat a pensé qu'il était nécessairement juge du fait. Cette compétence incontestée n'est, dans aucun arrêt, l'objet d'une démonstration. Point de conclusions qui croient nécessaire de l'établir — on la trouve seulement affirmée, implicitement, comme une chose qui va de soi.

Il suffit, en présence d'un principe aussi certain qui ne connaît point d'exception, de rappeler son application par quelques exemples empruntés aux diverses matières du contentieux de pleine juridiction.

a) Le Conseil d'Etat est *surtout* juge du fait pour les *travaux publics*. La plupart des questions tranchées sont des questions techniques (voir *Bequet Travaux publics* N° 1156 et suivants) ; le conseil de préfecture et le Conseil d'Etat doivent les résoudre pour fixer les indemnités dues, calculer le manque à gagner, constater l'augmentation des travaux, la difficulté ou l'impossibilité auxquelles l'entrepreneur a pu se heurter.

La question du retard est l'objet d'une appréciation très détaillée à propos des *marchés de fournitures*. Qui en est res-

ponsable ? Aucune pénalité n'est due si l'Administration est fautive (12 Janvier 1921, Charlier Normand, 3 Juillet 1912, Sté métallurgique d'Aulnoye) ou s'il y a eu vraiment force majeure (Cie Transatlantique contre Administration des Postes, 29 Janvier 1909) : « Considérant que les grèves partielles ou générales qui peuvent se produire au cours de l'entreprise n'ont pas nécessairement, au point de vue de l'exécution du contrat qui lie l'entreprise au maître de l'ouvrage, un caractère d'événement de force majeure, qu'il y a lieu dans chaque espèce d'examiner les faits de la cause, de rechercher si la grève a eu pour origine une faute grave de la part de l'entrepreneur, si elle pouvait être évitée ou arrêtée par lui, et si elle constitue pour lui un obstacle insurmontable à l'accomplissement de ses obligations » Les deux arrêts rendus le même jour, consacrent l'un la responsabilité, l'autre l'irresponsabilité de l'entreprise. (Voir aussi Sté Anonyme des Ateliers de Furan, 22 Mai 1912, des forges de l'Ariège, 3 Juillet 1912).

Le juge se demandera de même (16 Avril 1913, Martignole) si les avaries constatées proviennent de vices de la fabrication ou du procédé de fabrication prescrit par le marché, si les fournitures rebutées (30 Avril 1915, Rieux) sont ou non conformes aux échantillons annexés aux marchés, si la différence constatée présente vraiment des inconvénients appréciables (Filliot 15 Avril 1910).

b) Parfois ce ne sont pas les conséquences du travail qui sont contestées, mais sa *nécessité* même. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit de travaux prescrits à un particulier pour l'assainissement de son immeuble : c'est le contentieux des *logements insalubres* prévu par les art. 12 et 13 de la loi du 15 Février 1902, qui naît de mesures individuelles du maire et dans lequel le Conseil d'Etat est juge d'appel des décisions du conseil de préfecture : Fisher Chevriers, 21 Novembre 1907. « Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'immeuble possédé par le requérant à ... est insalubre à raison de l'installation défectueuse d'un cabinet d'aisances ; que dès lors, en vertu des lois... il appartient au préfet de la Seine d'ordonner les mesures nécessaires pour faire disparaître la cause d'insalubrité signalée, et notamment de prescrire que les appareils ou cabinets d'aisances seraient munis d'une fermeture hermétique et perma-

nente. » Id. Monvoisin 22 Avril 1910 (après un arrêt d'avant dire droit) « Considérant qu'il résulte de l'instruction que dans les conditions où sont installés les cabinets d'aisances de l'immeuble de la dame M... l'absence d'éclairage constitue un danger pour la santé des occupants voisins, que dès lors c'est avec raison que le Préfet de la Seine impose aux requérants l'obligation de pourvoir ces cabinets d'aisances d'un moyen d'éclairage suffisant. » Idem Fisher de Chevrier 26 Mars 1909, Pichon 6 Août 1915.

c) Dans le contentieux de la *répression*, c'est, pour reprendre les expressions de M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE (affaire Jellinek Mercedes), « le fait matériel qui entraîne la répression. » Aussi le premier des arrêts relatifs à cette espèce (7 Février 1912) prescrit-il une vérification dont les résultats sont discutés dans les conclusions présentées sous le second arrêt (7 Mars 1917).

La jurisprudence consacre aussi le pouvoir de *délimitation* des tribunaux à l'égard du *domaine public*, lorsqu'aucune délimitation administrative n'a été opérée (Dolmet 6 Juin 1890, Lebeau 12 Juin 1891, Boissy 12 Juillet 1918), ou lorsqu'elle est contestée : elle ne lie pas alors le juge (Drouet 24 Janvier 1890, Tostain 8 Août 1895).

d) L'examen du fait est souvent moins patent en matière *fiscale*. Ses résultats sont comme pour le détournement de pouvoir, enfermés dans une formule « considérant qu'il résulte de l'instruction » dont le laconisme dissimule la complexité des questions tranchées. Il faudra souvent, pour retrouver les opérations du juge, faire faire déductivement l'opération inverse de celle à laquelle s'est livré le Conseil d'Etat ; on déduira de la contestation tranchée, les questions qu'elle a pu soulever, les constatations de fait que sa solution a nécessitées.

On s'aperçoit alors que l'assiette même de l'*impôt d'Etat* soulève nécessairement des questions de faits : réalité du bénéfice ; qualification juridique du contribuable : agriculteur, artisan, ou commerçant par exemple, pour déterminer la cédule applicable — intermédiaire ou commerçant indépendant, pour le calcul du chiffre d'affaires ; la réponse à toutes ces ques-

tions implique de nombreuses appréciations : les arrêts du Conseil d'Etat ne sont le plus souvent que des solutions d'espèce qui déduisent le régime fiscal applicable de l'ensemble des circonstances dans lesquelles se déroule l'activité du contribuable. Les critères posés par la jurisprudence ne sont jamais assez simples pour qu'un examen détaillé des faits cesse d'être nécessaire (v. sur son organisation p. 344). Selon M. TROTABAS (*Mélanges Hauriou* p. 709 et suiv.), l'examen du fait est d'ailleurs inhérent à la nature même du contentieux fiscal, et le caractérise, même lorsqu'il est attribué à la Cour de Cassation.

La perception de nombreuses *impositions locales* dépend aussi de circonstances souvent fort difficiles à établir. Voir Gibier 9 Février 1906 (il s'agissait de savoir si la vente de vins à domicile possédait vraiment un caractère accessoire), Savoin 9 Avril 1906, (sur les conditions dans lesquelles est exercée la profession de marchands de vins) ; pour la taxe de balayage et l'existence d'un accès à la voie publique qui en conditionne l'exigibilité : 23 Janvier 1901, Compagnie du Chemin de Fer du Nord. De même à Paris pour la *taxe de pavage*, le Conseil d'Etat apprécie la largeur de la voie publique nécessaire à la circulation (voir pour le boulevard Haussmann, 2 Mars 1877, le boulevard Pereire 17 Mars 1890, pour la place de l'Etoile 4 Février 1867 ; pour la largeur exceptionnelle des rues avoisinant certains monuments, 25 Mars 1850, à propos de la rue de Vaugirard).

A propos de la même taxe, les tribunaux administratifs vérifient aussi l'existence de l'usage invoqué pour imposer le propriétaire riverain (16 Décembre 1852 Crouzet Turle) ; ils recherchent si une voie non classée est en fait affectée à la circulation publique (8 Février 1907 Marseille) ; si les matériaux employés par la ville étaient seulement nécessaires ou s'ils présentaient un luxe particulier (20 Décembre 1855 Bompois). Une expertise pourra aussi être ordonnée pour établir si la reconstruction d'un trottoir était vraiment nécessitée par son mauvais état (St Etienne 30 Juin 1894).

Voir aussi pour les *taxes d'associations syndicales* : Buzay 7 Février 1906. « Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'expertise, que si les travaux exécutés par l'Etat présentent une incontestable utilité pour la

société, les dégradations du canal qui ont fait l'objet du procès-verbal, et les travaux entrepris pour le compte du requérant, ont été la conséquence non d'un défaut d'entretien, mais d'un vice de construction des ouvrages effectués par l'Etat », l'arrêt exonère la société des frais des travaux. Voir à propos de *prestations vicinales*, l'appréciation de l'état de santé d'un contribuable (Mevel 19 Février 1915).

e) Le Conseil d'Etat vérifie, pour le *partage des communaux* (art. 105 du Code Forestier), si l'administré possède dans la commune un domicile réel (Borge 23 Octobre 1912, Cne de Verze 18 Novembre 1925 et Attricourt 20 Janvier 1925), s'il y a vraiment deux foyers distincts (Mory Moreau 20 Juillet 1927).

f) Dans la matière de la *responsabilité*, au fur et à mesure que disparaît la fin de non recevoir tirée de la nature de l'acte et que le Conseil d'Etat est amené à connaître des fautes moins lourdes, moins évidentes, il y a davantage place pour une discussion des faits.

Les conclusions de M. LÉON BLUM sous l'arrêt Lemonnier (26 Juillet 1918) et l'arrêt lui-même précisent, par exemple, les circonstances dont résulte la faute administrative « Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'autorité municipale chargée de veiller à la sécurité des voies publiques avait commis une faute *grave* en autorisant l'établissement de ce tir, sans s'être assurée que les conditions de l'installation et l'emplacement offraient des garanties *suffisantes* pour cette sécurité. » Dans un arrêt du 18 Janvier 1924 (Maggi), le Conseil d'Etat rend la commune responsable des conséquences d'une saisie pratiquée sans raison valable, les produits laissés dans des locaux abandonnés, ne présentant aucun danger (Voir aussi Minereau 25 Mai 1928 pour l'appréciation des soins reçus par un blessé). Le rôle du tribunal administratif lorsqu'il recherche la responsabilité encourue à la suite d'un accident causé par une automobile de l'Etat, ne diffère pas de celui du tribunal judiciaire qui statue sur les conséquences d'un accident causé par une automobile privée : tous deux évoquent la matérialité de l'accident.

Quant au quantum du préjudice subi, il appelle nécessairement un examen des faits, souvent très complexe, surtout

lorsqu'il s'agit d'une responsabilité envers un concessionnaire : le préjudice n'étant pas physique est bien plus difficile à saisir (voir à ce propos ci-dessous sur l'évaluation de l'indemnité allouée en matière d'imprévision).

g) Le Conseil d'Etat est aussi compétent au fond pour les règlements d'indemnités régis par des textes spéciaux : pour la liquidation des opérations du service de *ravitaillement* (Ravitaillement 27 Juin 1928, 11 Juillet 1928 : « il incombe à l'Administration de faire la preuve de sa créance lorsqu'elle est contestée par le minotier débiteur »).

Pour les indemnités compensatrices de *loyer pendant la guerre* (art. 29 et 30 de la loi du 9 Mars 1918 : « la décision pourra faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat dans les conditions du droit commun ») le Conseil d'Etat vérifie la sincérité des exonérations de loyers, et fixe l'indemnité en conséquence (Blondeau 23 Mars 1923, Ivalda 22 Décembre 1922, Hauvette 28 Juillet 1922).

Idem à propos de l'indemnité due pour la suppression d'un *bureau de placements*, Richard 2 Février 1912, et plusieurs arrêts du 25 Janvier 1913) ; de même le Conseil d'Etat, pour mettre à la charge de certains notaires, l'indemnité de *suppression d'une étude*, s'assure que cette suppression leur profite, (Collaudant Madansena, 4 Juillet 1928).

h) Le *contentieux électoral* enfin ne comporte pas seulement une vérification du calcul des voix, mais aussi un contrôle de la sincérité des opérations qui ne s'étend pas seulement aux conditions dans lesquelles se sont déroulées les opérations du scrutin lui-même, mais encore aux pressions et aux manœuvres qui ont pu influencer la sincérité de la consultation.

Ici encore, il n'y a pas de critère immuable de la fraude qui entraîne la nullité ; un fait isolé n'est pas le plus souvent suffisant ; on doit considérer l'ensemble des circonstances : les irrégularités, la corruption même ne seront une cause de nullité que dans la mesure où, *étant donné les circonstances*, elles auront eu une action suffisamment importante pour bouleverser le résultat de l'élection. C'est ainsi que les élections auxquelles il a été procédé par un bureau de moins de trois

membres, restent valables si la fraude n'est pas établie (14 Décembre 1888 Bullevent, 3 Février 1909 Fonton). Il en est de même pour une absence momentanée d'un membre (12 Août 1882 Coudber, 8 Mars 1880 Courtenat). Le transfert du lieu de vote fait à la dernière heure, est une cause d'annulation *s'il a pu influencer les résultats* du scrutin (Ario 9 Avril 1897), et n'est pas une cause d'annulation s'il n'a pas influé sur la sincérité de l'élection (Violes 30 Janvier 1897). Voir aussi pour l'incinération des bulletins : 17 Mai 1889 Villefranche, 30 Janvier 1885 Montcarra.

Il faudra de même tenir compte de toutes les circonstances d'où peut résulter la corruption électorale : nombre *excessif* de distributeurs de bulletins et *salaires exagérés* (17 Mai 1905 Hornain). On distinguera le repas pris chez un candidat que les électeurs n'ont quitté que pour aller voter (Primelin 18 Février 1901), et les rafraîchissements offerts, mais légitimés par la chaleur (27 Février 1883, Hadivilliers).

Le Conseil d'Etat procède encore à un contrôle très strict des mesures qui ont été prises pour la police de la salle. Il a pu être nécessaire d'appeler la force armée (12 Mai 1909 Plasan, Tressan 10 Juillet 1901), mais il y aura annulation si la salle a été évacuée sans raison (28 Juin 1889 Eygaliers et Opoul, 2 Mars 1889 Veuilley), maintien du résultat, si seuls les perturbateurs ont été expulsés (1^{er} Juin 1889 Pontoise). V. aussi sur le point de savoir si l'urne n'a été transportée hors de la salle qu'en raison de l'effondrement du plancher (Ens, 24 Décembre 1900) ; pour l'ouverture de l'urne avant le dépouillement. Félines Terminés 22 Février 1884.

Aussi le conseil de préfecture peut-il ordonner une enquête d'office (7 Juillet 1909, Chamaret), apprécier l'utilité de celle qui lui est demandée (Besson 26 Décembre 1896). Le Conseil d'Etat lui-même peut ordonner cette enquête (23 Janvier 1889 ville de Langres). (Comp. RABANY n° 1455 et 1481).

149. On constate en parcourant les arrêts rendus par le Conseil d'Etat dans ces matières, que la réserve de l'opportunité n'y est presque jamais formulée (1) : il semble qu'il n'y

(1) Voir cependant Alger 29 Juin 1906, un arrêt qui indique que le

ait de ce côté aucune limite à l'examen juridictionnel. Invoquée pour faire obstacle à l'examen des faits sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une mesure de révocation, l'opportunité ne fait plus obstacle au même examen des faits lorsqu'il s'agit de déterminer l'indemnité à allouer. Ainsi se confirme une fois de plus l'impossibilité d'une distinction précise entre l'appréciation des faits et celle de l'opportunité : là où il pratique l'une, le juge est nécessairement entraîné à pratiquer l'autre, la distinction de la doctrine est une fois de plus écartée par la jurisprudence.

Quelle est donc ici, pour le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, la nouvelle clause de sauvegarde qui remplace *politiquement* la réserve de l'opportunité ?

A) Ici la limitation des pouvoirs du juge, lui vient du dehors : alors que dans le contentieux de l'annulation il n'y a qu'une auto limitation dont le Conseil d'Etat modifie en permanence, lui-même, le tracé. Dans le contentieux de pleine juridiction, la limitation lui est imposée par l'objet même du litige, de la condamnation éventuelle. Par une sorte de paradoxe verbal, c'est en effet dans le contentieux de *pleine* juridiction que le pouvoir du juge est *le moins direct*. Sa décision ne peut presque toujours être qu'une condamnation pécuniaire, elle n'a qu'une autorité relative tant par rapport aux parties, que par rapport à l'objet même du litige (la décharge d'une contribution pour une année, prononcée par décision de justice, ne donne même pas droit à décharge pour l'année suivante, Héritiers Juge 4 Avril 1930). Le juge peut constater le préjudice subi par le requérant, en découvrir la cause ; il ne peut prescrire la suppression de celle-ci (v. 10 Mars 1903, Merie) ; tout au plus si certains arrêts en prescrivant des condamnations proportionnelles à la durée du dommage se rapprochent de l'astreinte : l'action du juge est ici bien moins directe que dans le contentieux de l'annulation.

préfet est seul juge des modifications introduites au budget d'une association syndicale. Voir aussi des arrêts déjà anciens (22 Juin 1877 Jouet, 21 Décembre 1877, Chabrier) qui interdisent au requérant de critiquer son imposition à la taxe de balayage pour le motif que le taux adopté donnerait un excédent supérieur à la dépense de la ville.

L'évolution juridique a donc renversé l'opposition primitive, le pouvoir réel du juge est bien plus limité là où il a la « pleine juridiction » que là où il possède le droit d'annulation. Dans le premier cas le Conseil d'Etat fixe bien souverainement le prix auquel l'Administration pourra acheter sa liberté, mais il ne peut lui retirer le droit d'acquiescer cette liberté. Dans sa note sous l'arrêt Lafage (S. 1913-3-11), M. HAURIOU indiquait, nous l'avons vu, que le contentieux de pleine juridiction vise la décision exécutée par opposition au contentieux de l'annulation qui vise la décision exécutoire. Entre les deux contentieux il y a donc cette différence que l'exécution est dans l'un un fait accompli sur lequel on ne revient plus.

C'est ce qui fait dire à M. DUEZ (p. 137) que la solution de l'arrêt Couiteas (indemnité en raison d'une acte illégal maintenu) est une solution transactionnelle, puisque l'acte est assuré de subsister en tout état de cause, le juge ne pouvant l'annuler, mais l'indemnité possible à la victime étant la rançon de son existence. »

L'arrêt Cie Générale Française des Tramways du 11 Mars 1910, aux conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement LÉON BLUM, (qui permet à l'Administration d'accroître les obligations du concessionnaire, sous la seule réserve de l'indemniser), exprime bien la situation respective des deux contentieux : l'Etat indemnise le concessionnaire, mais commence par lui imposer sa volonté, agit à sa guise, réorganise le service public et ensuite paye seulement les frais. Dans la théorie d'imprévision elle-même, le contrat primitif s'impose toujours au concessionnaire. Il n'est indemnisé que dans la mesure où il continue son service, c'est toujours le régime de l'obéissance préalable.

B) Les détails du contentieux des travaux publics montrent bien que les recours de pleine juridiction ne peuvent jamais paralyser l'acte administratif lui-même. LAFERRIÈRE écrivait déjà (II, p. 119) : « Le juge peut apprécier la légalité et même l'opportunité des décisions, il peut statuer sur toutes leurs conséquences pécuniaires, mais il ne peut pas mettre les décisions à néant à la requête de l'entreprise. » et (p. 132) : « Il n'y a que la concession dont la déchéance puisse être annulée, mais c'est qu'il s'agit là d'un droit plus stable ».

Les décisions administratives elles-mêmes ne peuvent être

attaquées que par la voie du recours pour excès de pouvoir. (v. pour l'*adjudication* Chambre Synd. 21 Mars 1890, Paris 25 Janvier 1895) et l'excès de pouvoir est entendu ici strictement. Un arrêt du 25 Juillet 1910 (Daurat-Brun) indiquait que les motifs administratifs ne peuvent être discutés. On lit encore dans un arrêt du 29 Novembre 1925 (Pourcet) « qu'il appartient à l'Administration d'apprécier l'opportunité de l'inscription d'un soumissionnaire sur la liste des candidats agréés ». L'arrêt n'apporte à cette liberté qu'une restriction commune à tous les actes de pouvoir discrétionnaire : l'annulation, lorsque le motif donné est inexact en droit ou en fait (Comp. Ballande 30 Mars 1906).

Les clauses du cahier des charges qui seraient contraires au principe de la libre concurrence, relèvent-elles aussi du seul recours pour excès de pouvoir (24 Juillet et 15 Mai 1914, arrêts Ducret et Treifous). Voir aussi un arrêt du 8 Avril 1911 (Cailonnet) reconnaissant la légalité du règlement qui ménage à la commission d'adjudication un pouvoir souverain dans le choix des candidats présentant des capacités suffisantes et pour la délivrance des certificats de capacité : Dubois 29 Mars 1901.

L'Administration dirige de même les travaux comme elle l'entend ; il appartient seulement au Conseil d'Etat de retenir tous les faits survenus pour le règlement des indemnités éventuelles *Le Répertoire Becquet* (Travaux Publics) donne des applications très détaillées de ces principes : Le tribunal administratif tient compte de ce qui n'était pas nécessaire dans les installations prescrites (Bridet 18 Mars 1881 et Patry 4 Juin 1897) ou les mesures de police (Autixier 8 Février 1889) imposées aux entrepreneurs, recherche si la faute de l'Administration a aggravé les charges de l'entreprise (voir jurisprudence citée au n° 1396), si les malfaçons étaient suffisamment graves pour légitimer un retard dans la réception définitive (Périer 13 Février 1903, Naudin 2 Février et Marseille 6 Avril 1900). Les tribunaux ne peuvent annuler la mise en régie prononcée (n° 1272), et (Prévost, 3 Février 1888), mais pour répartir ses dépenses, ils tiendront compte des responsabilités encourues ; si la mise en régie est justifiée, ses frais seront à la charge de l'entrepreneur (N° 1284) même si cette mesure a été irrégulièrement prononcée ; ils ne peuvent davantage rapporter une résiliation (N° 1556) ni la prononcer d'office (*Idem* pour une ré-

ception, n° 1481) mais seulement accorder, le cas échéant, des indemnités. (Voir aussi pour l'occupation temporaire, LAFERRIÈRE II, p. 172).

Les mêmes principes s'appliquent encore pour les marchés de fournitures (16 Juillet 1915, Mazere, 12 Novembre 1915, Bureau). Le recours pour excès de pouvoir est seul recevable contre l'approbation d'une adjudication et il ne permet pas de discuter les motifs, mais il y a parfois lieu à un recours en indemnité si ce refus est tardif (16 Mars 1894 Chermette, 17 Mai 1895 Lubessac, 11 Juillet 1879 Salmon).

Partout ici la sauvegarde de l'administrateur vis-à-vis du juge est donc réalisée du fait que leurs deux activités s'exercent sur des plans parallèles. C'est là une des principales raisons *politiques* de la liberté du juge.

C) Les deux plans se rapprochent pourtant jusqu'à coïncider dans les contentieux de l'impôt, de la répression et des pensions et dans le contentieux électoral. Dans les trois premiers cas, en effet, le pouvoir de l'Administration consistant exclusivement dans la fixation d'une somme d'argent, et non plus dans l'organisation d'un travail ou d'un service public, il y a nécessairement rencontre de la décision juridictionnelle et de la décision administrative : lorsqu'un contribuable est déchargé, il ne subsiste plus rien du rôle vis-à-vis de lui, lorsqu'un inscrit maritime reçoit une pension, rien ne demeure du refus administratif.

Il en est de même dans le dernier cas, lorsqu'il s'agit non plus de fixer une dette, mais de proclamer le résultat d'une élection. Ici encore il n'y a plus aucune sphère réservée pour l'Administration, les décisions successives ont le même objet, le pouvoir discrétionnaire que les textes avaient pu laisser est intégralement transféré au juge, entre le président du bureau de vote et le tribunal, l'électeur et le magistrat, l'administrateur disparaît, lui, toujours.

Mais c'est que le contentieux de l'impôt et celui de l'élection sont ceux qui, dans une démocratie, intéressent les droits individuels les plus impérieux : citoyen, propriétaire, l'administré apparaît ici sous les deux aspects dont la Révolution a entendu assurer avant tout le respect (1).

(1) C'est à ces droits privilégiés qu'on a voulu, sous la Monarchie

Dès qu'il s'agit de ces droits, l'exécutif doit posséder le moins de liberté possible, et c'est pourquoi il est normal, il est nécessaire que son activité soit exercée sous la forme juridictionnelle. Si la règle de droit n'a pas tout prévu, c'est certainement malgré la volonté du législateur qu'elle n'est qu'une directive : ce qu'elle laisse subsister de pouvoir discrétionnaire est un résidu qu'il faut conférer aux tribunaux pour qu'ils en écartent la menace. La valeur *politique* du droit individuel accroît ses effets *juridiques*.

150. Mais la compétence étendue du juge doit aussi être envisagée à un point de vue strictement *juridique*. En considérant la règle de droit applicable, on s'aperçoit que le Conseil d'Etat n'assurait jamais primitivement dans le contentieux de pleine juridiction que l'application de règles juridiques définissant précisément l'objet qu'elles visent, ne laissant guère qu'une compétence liée à l'autorité exécutive.

Il en est ainsi dans le contentieux de l'impôt ou de l'élection, pour la liquidation d'une pension, la répression des contraventions de grande voirie (empiètements ou dégradations sur un domaine dont la délimitation est soumise depuis longtemps à des règles détaillées). Les principes juridiques en jeu, pour le règlement de comptes qui suit l'exécution d'un marché des travaux publics, sont assez simples : vis-à-vis des tiers, la responsabilité pour risque limite les recherches au montant du dommage causé ; dans les relations entre l'entrepreneur et la personne publique, il faut établir les fautes commises, confronter le travail accompli avec les difficultés rencontrées. Les prescriptions du cahier des charges, et l'ensemble des règles techniques de l'art viennent compléter ce que ces principes pourraient avoir de sommaire, leur donner un commentaire qui les transforme en une réglementation détaillée, ne laissant qu'un faible pouvoir discrétionnaire, que l'interprétation jurisprudentielle a eu tôt fait de réduire encore. Les tribunaux administratifs appliquent des règles qui laissent place à une compétence surtout liée.

L'examen du fait par le Conseil d'Etat dans le contentieux

de Juillet, assimiler ceux des anciens militaires, dans une pensée de faveur pour eux.

de pleine juridiction s'explique donc comme celui qui est pratiqué dans le contentieux de l'annulation toutes les fois qu'il s'agit d'un cas de compétence liée (chap. VIII). Dans les deux contentieux, la forme analogue de la règle de droit applicable provoque les mêmes effets.

151. On ne saurait cependant expliquer de la même manière une branche plus récente du contentieux de pleine juridiction : la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat, telle que l'a consacrée la jurisprudence depuis une cinquantaine d'années. Ce nouveau contentieux présente par rapport à ses aînés deux innovations, l'une politique, l'autre juridique.

A) Politiquement, il se caractérise par son domaine d'application très étendu. C'est grâce à lui que s'est accomplie, dans le contentieux de pleine juridiction, l'évolution que nous avons indiquée (chap. V) pour l'ensemble du contentieux administratif : le danger d'une lésion des droits individuels s'étant révélé dans tous les actes administratifs, on a admis que tous pouvaient relever de l'examen juridictionnel. A l'origine le contentieux de pleine juridiction était cantonné dans quelques domaines limités, dans la défense de quelques situations bien déterminées, il était entendu que dans tous ces cas, l'Etat n'avait aucune liberté, ou que s'il voulait en prendre une, il devait la payer. Partout ailleurs elle demeurait gratuite et indiscutable. Aujourd'hui ce n'est plus seulement dans quelques situations types que l'individu est pécuniairement protégé : presque partout l'Etat peut être imposé sur la liberté dont il a usé. Les théories de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des actes d'autorité, et des actes discrétionnaires ou d'administration pure, répondaient au même objet, l'une et l'autre défendaient, sur certains terrains, la liberté administrative. Leur déclin a été celui du pouvoir discrétionnaire administratif.

L'arrêt Couitéas sur la responsabilité de l'Etat à raison des actes de police, et la jurisprudence des processions (p. 243 et suiv.) sont aux termes d'une même évolution : directement, dans un cas, indirectement dans l'autre, le juge contrôle l'usage du pouvoir discrétionnaire, et des causes sociales voisines expliquent ce résultat : au besoin d'une protection accrue pour les

droits individuels dans un cas correspond, dans l'autre, la notion plus complète d'égalité devant les charges publiques.

C'est toujours la multiplication des interventions de l'Etat qui rend intolérable le maintien du privilège dont elles bénéficiaient. « L'insuffisance de la doctrine de l'irresponsabilité n'éclatait pas dans le système politico-économique de l'Etat gendarme cher à la doctrine libérale... La responsabilité de la puissance publique est fille du triomphe des doctrines interventionnistes. » (DUEZ p. 13).

En élargissant le domaine de la responsabilité, la jurisprudence influe aussi indirectement sur une liberté qu'elle rend onéreuse. Dans bien des cas, là où il ne s'agit pas d'intérêts vitaux, mais de simples commodités, leur prix éventuel fera réfléchir l'Administration : elle hésitera à imposer de nouvelles charges à ses concessionnaires, à substituer l'électricité au gaz, etc... (V. par ex. : Colette 10 Juillet 1896, Doret 6 Juin 1902) ; ce dernier arrêt consacre même la subordination du contentieux de l'annulation au contentieux de pleine juridiction, puisque il rejette un recours pour excès de pouvoir contre le retrait d'une permission de voirie, retrait motivé par le fait que la commune avait été condamnée à une indemnité envers le concurrent au détriment duquel elle avait accordée la permission.

C'est là, il est vrai, en ce qui concerne l'activité de l'Administration, un effet purement négatif de l'intervention juridictionnelle. Elle arrête l'administrateur sans plus. Mais, dans d'autres cas, un partage plus actif des pouvoirs s'opère. La constatation d'une faute est, pour l'Administration, une censure non seulement pécuniaire, mais morale, une question de prestige est en jeu. Encore que l'acte fautif subsiste, il n'en est pas moins important pour les fonctionnaires intéressés que cet acte ait été connu du *premier Conseil administratif* ; que ses motifs et ses circonstances aient été discutés, que la vie d'un service ait été jugée par d'autres que ses habitués.

La hardiesse du juge se manifeste notamment dans la répression de la faute par abstention : « Cette application de la théorie de la faute du service public « in omittendo » est capitale, c'est par elle que le Conseil d'Etat acquiert un *certain droit de regard* sur le pouvoir de l'Administration. S'il ne peut enjoindre directement à l'Administration d'agir, il pourra la

déclarer responsable des conséquences de son inaction, même si cette inaction ne *constitue pas une illégalité* au sens strict du mot parce qu'on ne se trouve pas en face d'un cas de compétence liée... » (DUEZ p. 16) « Par cette jurisprudence le Conseil d'Etat affirme énergiquement l'emprise de son contrôle sur l'action administrative, même lorsque l'Administration n'est pas obligée, par un texte formel, d'agir dans certains délais préfix. Le Conseil d'Etat proclame désormais son pouvoir de censurer l'inertie administrative, d'en tirer au profit de l'administré, dans le plan des responsabilités, la conséquence logique. Et ainsi cette jurisprudence, en pourchassant le manque d'activité ou la résistance passive de l'Administration, double heureusement l'effort réalisé dans le contentieux de l'annulation par le législateur de 1900 » (Id. p. 28), v. par ex. arrêts Gailard 26 Avril 1919, Vve Garcin 23 Janvier 1934.

L'Administration intéressée est-elle une commune ? La décision juridictionnelle atteint peut-être alors son maximum d'efficacité. Entre la municipalité et le secrétaire de mairie, ce qui se débattait, c'était, en l'absence de statut, une question de prestige : qu'il y ait annulation ou indemnité, la victoire morale du fonctionnaire est la même. La petite collectivité des habitants la connaît tout entière. Sonneries civiles dont on discute encore à un moment où leurs derniers échos sont depuis bien longtemps éteints, secrétaire de mairie qui triomphe en obtenant, pour son renvoi d'une place où un autre s'est définitivement installé, une indemnité couvrant sensiblement ses frais de procédure — l'arrêt rendu conserve dans ces cas une efficacité sinon matérielle, du moins morale. C'est bien un contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire qui s'instaure ; le partage de ce pouvoir entre le juge et l'administrateur, pour être plus vague, plus dissimulé que celui qu'amène le recours en annulation, n'en est pas moins réel, ici encore.

Aussi l'échelle des fautes nécessaires pour engendrer la responsabilité du service vient ici sauvegarder la liberté administrative, remplacer la réserve de l'opportunité du contentieux de l'annulation ; en dehors des services purement domaniaux, une faute légère ne suffit pas à engendrer la responsabilité de l'Etat, celle-ci est d'autant plus difficilement engagée qu'il s'agit d'un service plus complexe dont le fonctionnement exige plus de liberté et plus d'initiative de l'Adminis-

tration. (Voir au *D. P.* 1920-3 p. 4 la note de M. APPLETON). « Toute cette jurisprudence, comme le rappelle M. DUEZ (p. 15) serait inexplicable s'il n'y avait pas à côté de la logique juridique, une politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat. »

L'impunité de la faute légère répond, dans le contentieux de la responsabilité, à la liberté que laisse subsister, dans le contentieux de l'annulation, le contrôle du détournement de pouvoir et de la réalité des motifs indiqués. Et la marge de liberté laissée est plus petite dans le cas de la responsabilité, parce que l'intervention juridictionnelle étant moins énergique, peut être plus étendue.

B) S'il fallait énoncer les *règles de droit* applicables qui déterminent le fait générateur de responsabilité, on trouverait extrêmement peu de règles susceptibles de préciser le principe fondamental suivant lequel « l'Etat est responsable à raison de la faute de ses services. » On sait que le degré de gravité de la faute varie suivant les services. Mais quand y a-t-il une faute ? Quand est-elle suffisamment grave ? La jurisprudence du Conseil d'Etat est encore trop mouvante, trop récente pour être fixée. La diversité des faits invoqués à l'appui des demandes d'indemnité ne permet pas le plus souvent de dégager des types, d'obtenir des précédents bien convaincants. On ne retrouve pas non plus l'ensemble de règles techniques qui, dans le contentieux des pensions ou celui des travaux publics, précise les principes applicables.

Dans le contentieux de la responsabilité extra contractuelle, le Conseil d'Etat applique une règle de droit imprécise, une *directive* : il s'inspire d'une définition vague qui laisse une grande place à la liberté du juge, à son initiative, à ses revirements : la notion de « faute de service » est ainsi de la même espèce que celle d'« ordre public », de « circonstances exceptionnelles ». Et dans les deux contentieux, le fait caractéristique du début du *xx^e* siècle a été la main-mise du juge sur la part de liberté (jadis abandonnée à l'administrateur) que l'imprécision de la règle de droit laisse à l'exécutif.

Dans tous ces cas, l'attitude du Conseil d'Etat lui a été dictée par le sentiment particulièrement fort d'un droit subjectif en cause ; ce droit est ressenti comme une réalité *politique*, que

le tribunal convertit en un droit au *sens juridique*, en restreignant les pouvoirs laissés à l'exécutif par la règle de droit primitive. Ce qui est en jeu pour l'administré qui réclame la réparation d'un dommage, c'est son intégrité physique ou patrimoniale, la propriété qu'il a de lui-même ou de ses biens. L'évolution économique montre que cette propriété, ce « droit individuel » peuvent être atteints par l'Administration chez un particulier qui n'est ni entrepreneur, ni contribuable, ni pensionné ; aussi la jurisprudence lui permet-elle d'invoquer en toute circonstance, non plus un aspect déterminé du droit de propriété, mais le principe même de ce droit.

Ce qui prouve combien la force vive de ce contentieux réside dans les droits individuels classiques, c'est le fait qu'il s'abolit là où ces droits ne sont plus atteints ; l'intervention juridictionnelle devient moins hardie dès qu'il s'agit d'un préjudice moral qui ne menace plus la propriété individuelle : Guénot 25 Juillet 1929. « Considérant que si la douleur éprouvée par les père et mère de la victime ne constitue pas par elle-même un préjudice susceptible d'être évaluée en argent, il appartient au juge pour déterminer l'indemnité à laquelle ils ont droit, de faire état des troubles de toutes natures apportés dans les conditions d'existence des survivants et susceptibles d'aggraver, à leur égard, les conséquences de l'accident. »

On retrouve donc dans le contentieux de la responsabilité, comme dans celui de la police municipale, le même procédé d'interprétation juridique. Ce qui limite et complète les termes de la loi de 1884, c'est la liberté individuelle consacrée par de tous autres textes, (loi de 1791, de 1905, etc...) qui, grâce à leur exigence d'universalité, viennent nécessairement se combiner avec toute autre disposition spéciale. De même, ce qui anime et précise la responsabilité de l'Etat, c'est la propriété individuelle, le respect de la personne humaine qu'il faut garantir ; l'énergie de ces notions interdit de prendre en considération, pour le calcul de l'indemnité, tout ce qui ne serait pas la faute et le préjudice : (autres ressources, valeur sociale de la victime, par ex.) : le requérant invoque ici un droit inconditionné comme tous les droits à racines sociales profondes, le respect de ce droit impérieux exige que là où les règles qui le garantissent sont imprécises, le pouvoir discrétionnaire

qu'elles laissent soit remis entre des mains impartiales et sûres, qu'il soit exercé sous une forme juridictionnelle.

Ici encore, par conséquent, l'examen du fait dans le contentieux de pleine juridiction, peut s'expliquer par une règle que nous avons déjà rencontrée dans le contentieux de l'annulation. Les tribunaux administratifs sont juges du fait pour l'application d'une règle de droit à définition vague, lorsque cette application intéresse la sanction d'un *droit* individuel, au sens politique.

On s'explique par là que dans une société attachée au respect de la personne et de la propriété individuelle, le contentieux de pleine juridiction comporte toujours un examen du fait. Contentieux de l'indemnité (à l'exception du contentieux électoral sur lequel nous nous sommes déjà expliqués), il ne peut nécessairement sanctionner que les atteintes à l'intégrité physique ou patrimoniale de l'homme, et ce sont les premiers des droits individuels pour des sociétés nées sous le signe de la liberté économique. Ils ont droit à un juge. Le dogme de la souveraineté, le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique, peuvent pendant quelque temps faire écran devant les droits individuels ; l'écran vient-il à tomber, la possibilité d'une responsabilité de la puissance publique est-elle admise ? Ces droits produisent tout leur effet, ils obtiennent un jugement complet qui retient le fait et du droit ; soumis au principe : « tout ou rien », le contentieux de pleine juridiction s'élargit sans se dégrader.

152. Le Contentieux de pleine juridiction ne s'apparente pas seulement au contentieux de l'annulation par les règles qui régissent l'examen du fait. Il s'en rapproche aussi par l'organisation de cet examen.

Le Conseil d'Etat est juge d'appel pour les matières du contentieux de pleine juridiction (exception faite de la responsabilité extra-contractuelle et des pensions autres que celles de la loi de 1919) ; le conseil de préfecture est déjà intervenu et sans doute faut-il établir un certain lien entre l'absence de pouvoir discrétionnaire de l'Administration active et la compétence donnée à une juridiction subalterne, proche des justiciables ; c'est parce que la souveraineté de l'Etat ne paraissait guère engagée qu'il a pu accepter un juge local, que la préoc-

cupation de donner aux particuliers des juges proches d'eux, n'a rencontré aucun obstacle dès le début du XIX^e siècle.

Le Conseil d'Etat est cependant, lui aussi, juge du fait puisque les conseils de préfecture ne relèvent jamais de lui que par la voie de l'appel (v. p. 296). Mais on voit apparaître dans l'examen des faits une certaine division du travail, un recours à la compétence du technicien.

a) Dans les questions *fiscales*, une première intervention de l'élément technique est assurée, pour les questions complexes, par les services administratifs eux-mêmes ; le fisc charge un personnel spécialisé de procéder à l'examen du fait professionnel, et notamment du fait commercial pour l'assiette de l'impôt. Dès lors, en vertu même de la loi de 1889, on se trouve en présence de l'une des deux éventualités suivantes : ou bien le contribuable accepte les constatations du fisc, et ne conteste que les conclusions qui en sont tirées ; ou bien il conteste les opérations techniques elles-mêmes et demande une expertise qui est de droit. Dans les deux cas, l'affaire ne vient devant le magistrat administratif qu'après examen par un technicien. Et c'est ce qui explique qu'en pratique, devant le Conseil d'Etat, les contestations techniques qu'il a fallu trancher, tiennent une faible place dans le contentieux fiscal, que les arrêts insistent surtout (du moins dans les affaires importantes) sur les questions de droit, d'interprétation de conventions, de portée de faits indiscutés : l'examen juridictionnel du fait a été préparé et le plus souvent il n'a pas à être intégralement refait.

b) De même en matière de *travaux publics*, on constate, en se reportant aux affaires importantes que dans presque toutes, une *expertise* a eu lieu. Sans doute les rapports d'experts ne lient pas le Conseil d'Etat qui peut ne pas les suivre (voir par exemple Société des lits militaires Ch. Levesque 4 Février 1911). Mais ceux qui ont eu à instruire des recours en matière de travaux publics, savent l'autorité qui s'attache, pour les questions de fait, à de semblables rapports, la difficulté qu'il y a à les combattre. Généralement on n'y parviendra qu'en opposant les conclusions d'un expert à celles d'un autre, qu'en montrant ce que la méthode de l'un avait de plus rationnel que celle de l'autre ; ou bien encore on reprochera aux experts

d'avoir méconnu les conséquences juridiques d'un acte, d'une situation déterminée ; tout ce qui est constatation des faits, appréciation expérimentale, restera pratiquement acquis. Le contrôle juridictionnel porte donc ici bien moins sur l'examen des faits que sur la manière dont il a été conçu, dont les experts ont compris leur mission, sur les questions qu'ils devaient juridiquement se poser, et sur la logique des raisonnements qu'ils ont fait pour y répondre.

Il y a ici quelque chose d'analogue au contrôle que la Cour de Cassation exerce sur les motifs des juges du fait, afin de voir s'ils sont pertinents et non contradictoires, s'ils répondent valablement aux conclusions des parties. Mais dans le contentieux administratif, la distinction du fait et du droit se ramène à une répartition des tâches entre le juriste et le technicien, le premier puisant seulement dans sa culture générale le pouvoir de contrôler la méthode du second. Le Conseil d'Etat ne se rapproche de la Cour de Cassation que pour laisser aux experts une manière de « discrétionnalité technique », pour employer la terminologie des auteurs italiens.

Et tout de même que la Cour de Cassation est à la fois cour régulatrice et chambre disciplinaire pour tous les magistrats judiciaires, le Conseil d'Etat possède aussi, vis à vis des experts, une manière de pouvoir disciplinaire qui se manifeste dans sa compétence pour fixer leurs honoraires. (V. par ex. : Gaz de Bordeaux 27 Octobre 1922, Ville de Paris et Compagnie des Eaux, 20 Mars et 13 Novembre 1908 : les arrêts relèvent le nombre excessif des vacances, ou la longueur exagérée du rapport). Voir aussi pour les experts de dommages de guerre, les pouvoirs du préfet, sous le contrôle du juge (Tur 2 Août 1928).

c) Une évolution semblable se retrouve dans une matière où le Conseil d'Etat exerce traditionnellement, par la volonté législative, un pouvoir discrétionnaire étendu : malgré l'indétermination des textes relatifs aux *ateliers insalubres*, l'impossibilité de donner une définition précise de l'atelier inoffensif, et l'absence de droit subjectif qui semblerait devoir en résulter, le Conseil d'Etat est juge de la matière des autorisations. Dès le XIX^e siècle, la doctrine voyait dans cette matière une exception aux principes, puisqu'il y avait contentieux de pleine juridiction sans qu'il y eut droit subjectif.

Le Conseil d'Etat possède une compétence aussi étendue que possible, non seulement pour dire si l'autorisation peut être accordée (Laborie 7 Juillet 1905) mais encore pour dire à quelles conditions elle devra l'être, pour s'assurer que les précautions prescrites sont suffisantes et le cas échéant pour fixer lui-même (puisqu'il possède le pouvoir de réformation) les conditions auxquelles cette autorisation devra être accordée (Bardot Hugues 29 Décembre 1905, Mallet 26 Avril 1907). Il est bien juge de l'opportunité, peut prescrire toutes les mesures d'instruction, par ex. (Duclos 10 Mai 1907), une vérification des conditions d'installation et de l'effet des mesures prises.

Mais ici encore la plénitude théorique de ses pouvoirs ne l'empêche pas de les partager en fait. Nombreux sont les arrêts du Conseil d'Etat dans lesquels on lit : « Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment de l'avis du conseil consultatif des arts et manufactures que... » ; le dispositif reproduit la solution (voir par ex. Humblot 6 Décembre 1907, Frelon 9 Juillet 1915) et parfois même les conditions d'autorisation préconisées par cet avis (Cornillet 19 Janvier 1906). C'est encore un cas de collaboration de l'élément technique avec l'élément juridique, le second réduisant son activité devant celle du premier.

153. Cette évolution est particulièrement nette dans la matière de *l'imprévision* qui offre, au surplus, un exemple curieux d'épuisement du pouvoir discrétionnaire par son usage juridictionnel.

A) Avant le célèbre arrêt Gaz de Bordeaux, de 1916, l'allocation d'une indemnité de compensation au concessionnaire malheureux constituait, dans la plupart des cas, une mesure gracieuse rentrant dans le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Lorsqu'il s'est demandé, pendant la guerre, s'il devait *prescrire* cette indemnisation, le Conseil d'Etat n'était évidemment lié par aucun texte, ses propres précédents étaient vagues. Il a donc détenu un instant un pouvoir discrétionnaire aussi entier que celui du législateur ; mais il s'est hâté de s'en dessaisir, d'en abuser au sens romain du mot, pour édicter dès ses premiers arrêts un corps de règles jurisprudentielles très précises (v. par ex. sur leur développement actuel

pour le calcul de l'indemnité, Marcenat 23 Janvier 1925, Frommassol 3 Décembre 1920, etc... et sur l'évolution de cette législation jurisprudentielle, les notes de M. CLOSSET DP 1925 3-17 et 1927 3-17).

Il est aujourd'hui possible de déterminer assez précisément et complètement les éléments qui doivent entrer en ligne de compte pour le calcul de l'indemnité, la matière de l'imprévision est désormais de celles où le pouvoir discrétionnaire est le plus réduit par la compétence liée. Mais c'est le juge lui-même qui s'est ici attaché, dans ses motifs, à lier sa propre compétence, pour la sécurité des droits individuels. Investi des pouvoirs du législateur, il n'a pas hésité à faire œuvre de législateur.

b) Si l'on compare à présent les motifs des arrêts du Conseil d'Etat, qui ont eu ce rôle créateur d'un droit nouveau, avec leur dispositif, on constate que celui-ci se borne à résumer ceux-là, qu'il renvoie presque toujours devant des experts même lorsque ceux-ci dans leur premier rapport avaient mal compris leur mission (Gaz la Ciotat 19 Février 1926, Gaz de Brive 8 Août 1924, etc...), et ne prononce que très rarement des condamnations. Selon M. ALIBERT (*Imprév.*) c'est seulement le 16 Juin 1920, dans un arrêt Ville de Cette, que le Conseil d'Etat a la première fois fixé lui-même le quantum des indemnités. « Si l'on consulte, écrit M. ALIBERT (p. 27), les *rare*s arrêts par lesquels le Conseil d'Etat passant de la *théorie à la pratique*, a dû effectuer lui-même la répartition des pertes. Il fixe donc parfois lui-même l'indemnité, mais, le plus souvent, il le fait « par personne interposée. »

Les arrêts du Conseil d'Etat sont ici principalement des arrêts d'avant dire-droit, c'est comme tels qu'ils ont eu l'immense retentissement pratique et doctrinal que l'on connaît. La précision de la mission donnée aux experts fait que les parties (il s'agit le plus souvent d'Administrations et de concessionnaires importants bien conseillés) comprennent l'inutilité d'une contestation supplémentaire, d'un appel du technicien au juriste sur des questions techniques. La sagesse des parties dispense le Conseil d'Etat d'entériner l'avis des experts, il a force obligatoire par l'accord amiable des plaideurs. Il y a là un développement très curieux de l'arbitrage dans les ques-

tions techniques, une collaboration du premier tribunal administratif, sous la forme d'un avis, d'une consultation juridique obligatoire, à l'œuvre de justice et d'équilibre économique confiée à de simples particuliers. Abandonnant la hiérarchie désuète du conseil de préfecture juge de première instance et du Conseil d'Etat juge d'appel, la réalité contemporaine lui substitue une construction plus harmonieuse : le Conseil d'Etat Cour de Cassation créatrice du droit, au-dessus des techniciens qui jugent au fond. Ainsi se recrée en droit administratif sous une forme affinée et sur un plan tout nouveau, grâce à la hardiesse du Conseil d'Etat et à la sagesse des justiciables, la distinction du fait et du droit employée par la Constituante, avec une toute autre portée.

Mais c'est aux mêmes considérations techniques et à la volonté de désencombrer le Conseil d'Etat qu'il faut, nous l'avons vu, attribuer la création pendant les trente premières années du ^{xx}e siècle, de nombreuses juridictions dans lesquelles les éléments techniques et corporatifs sont largement représentés, juridictions qui sont chargées de juger au fond des litiges dont le Conseil d'Etat ne connaîtra ensuite que par la voie du recours en cassation : tribunaux des pensions, commissions de reconstitution foncière, etc... ; ainsi se manifeste la similitude des procédés employés par le droit actuel dans tous les domaines.

154. Il faut rapprocher du recours au technicien, le recours à l'administrateur lui-même, lorsqu'il est mieux informé : nous avons rencontré ce phénomène dans les arrêts relatifs au repos hebdomadaire, nous le retrouvons dans le contentieux de la responsabilité. Lorsque la faute du service étant établie, il s'agit de fixer l'indemnité due, l'évaluation du préjudice exige des investigations détaillées, des constatations que le juge ne peut faire lui-même, et sur lesquelles les parties occupées à discuter le principe même de l'indemnité n'ont pas encore fait porter le débat. Le Conseil d'Etat confie souvent à des experts l'évaluation du préjudice dont il vient de décider la réparation (voir par ex. Chauzy 5 Novembre 1930). Mais dans d'autres cas là où il s'agit, par exemple, d'un dommage commercial, dont les éléments sont très divers, il charge l'Administration elle-même de procéder à cette évaluation. « Le

sieur X... est renvoyé devant le ministre pour être procédé à la liquidation de l'indemnité à laquelle il a droit. » (Couiteas 30 Novembre 1923, Izzolla 1^{er} Mars 1929).

Ce sont les services ministériels eux-mêmes qui, dans ce cas complètent la décision juridictionnelle, remplissent l'office d'experts ; l'Administration, partie au procès avant le prononcé de l'arrêt, se transforme aussitôt après en collaborateur de la justice : elle continue l'action du juge qui vient de lui donner tort. C'est la marche inverse de celle qui est imposée par la loi de 1919 pour la liquidation des pensions ; l'instruction administrative suit la phase juridictionnelle au lieu de la précéder.

Il est vrai que très souvent l'Administration désireuse de réduire la portée de son échec accorde une indemnité insuffisante, le Conseil d'Etat la relève lorsque les parties sont revenues devant lui sur un nouveau recours. La décision administrative, le chiffre qu'elle propose n'en demeurent pas moins alors des éléments de la nouvelle décision juridictionnelle ; la procédure administrative conditionne et prépare la sentence du juge, on corrige son résultat, mais on recourt à son information.

Nous retrouvons donc dans le contentieux de la responsabilité encore un autre type de collaboration déjà relevé entre le juge et l'homme considéré comme pratiquement « mieux placé » ; mais ce n'est plus ici à un particulier, à un technicien, à un élu, ni même à un juge qu'il est fait appel, on utilise les ressources du personnel d'un service public, on ressuscite une interpénétration de l'Administration active et de la juridiction, qui survit ainsi, dans tous les contentieux, à l'abandon de la théorie du ministre-juge.

155. Pour montrer l'analogie profonde de ces collaborations, des partages effectifs de compétence dans les divers contentieux, il est intéressant de relever la similitude extrême des résultats auxquels on aboutit, dans des matières analogues, à partir de textes consacrant des recours différents.

La loi du 21 Mars 1905 institue des commissions de classement pour les emplois réservés et l'art. 21 ouvre contre ces décisions un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat se refuse, en invoquant la nature de ce recours, à examiner les

faits (p. 306). Au contraire, la loi du 1^{er} Avril 1923, instituant d'autres commissions de classement pour les emplois réservés, a ouvert dans son art. 6, un recours devant le Conseil d'Etat en « la forme contentieuse dispensée du ministère d'avocat » sans employer les termes d'excès de pouvoir. Il est assez vraisemblable que l'intention du législateur a été la même dans les deux cas. Il s'agit sans doute là d'une simple négligence de sa part. Ayant en vue le même type de recours, il le désigne par deux expressions différentes sans mesurer leur portée exacte.

a) Le Conseil d'Etat pouvait-il affirmer l'intention demeurée identique à travers des expressions différentes ? On aurait pu le croire en se souvenant des conclusions de M. ROMIEU sous l'arrêt Jacquin p. 227), selon lesquelles il y a recours pour excès de pouvoir toutes les fois que la loi ouvre, contre un « acte d'autorité » un recours qu'elle ne définit pas. Mais le Conseil d'Etat a pensé (comparer ci-dessous p. 349 les conclusions de M. CHARDENET) que « le recours en la forme contentieuse » sans autre précision, devait être le recours de pleine juridiction. On ne peut pas s'expliquer autrement le fait qu'il ait chaque fois entendu se prononcer sur le fond même du litige.

« Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction, que contrairement aux constatations médicales auxquelles il a été procédé, le sieur Stevenin possède l'aptitude physique nécessaire pour l'emploi de gardien de bureau dans les préfectures et sous-préfectures ; qu'il n'est pas fondé à soutenir que le certificat d'aptitudes physiques lui a été refusé à tort. » (Stevenin 28 Avril 1917, Laurens 2 Août 1924, Gendre 26 Février 1925, Laire 13 Mai 1925, Fourcon 17 Novembre 1926, Crepy 14 Janvier 1928) Abadra Madilouf 25 Janvier 1928, Idem Debenedetti 9 Avril 1927, à propos des qualités morales du requérant. Dans deux matières toutes voisines, la compétence du Conseil d'Etat est donc apparemment très différente.

b) Mais en réalité les litiges soumis à ces deux lois sont jugés d'une manière très voisine. Un examen minutieux de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la loi de 1923 ne révèle en effet aucun cas où « il aurait résulté de l'instruction que la commission médicale avait fait une inexacte appréciation de l'état du requérant ». L'accord paraît presque systématique

et sa constance ne s'expliquerait sans doute pas s'il y avait deux instructions vraiment distinctes : celle du Conseil d'Etat se confond sans doute pratiquement avec celle de la commission médicale. Le contrôle exercé sur cette commission se ramène à un contrôle des abus graves qui auraient pu avoir lieu, et dont la jurisprudence n'offre, heureusement, pas d'exemple.

Quant aux nouveaux examens médicaux prescrits dans les arrêts, ils s'expliquent toujours par une rectification de la mission médicale primitive. Les hommes de l'art ont mal compris ce qui devait former le but de leurs investigations. Le Conseil d'Etat leur donne une mission ou, plus exactement, la corrige en tenant compte des principes juridiques applicables. Il ne sort donc pas de son rôle de juge du droit lorsqu'il renvoie l'intéressé devant la commission, parce que « les mentions du certificat médical sont insuffisantes pour permettre au Conseil d'Etat de se prononcer en connaissance de cause » (Leveau 27 Juin 1928 et Chapuis 2 Février 1927), parce que le procès-verbal de la visite déjà subie ne permet pas de savoir si la commission s'est préoccupée de l'aptitude réelle du requérant, et non seulement, comme le soutenait celui-ci, de la mention, de son infirmité au tableau des infirmités compatibles avec l'obtention d'un emploi. (Chrétien 3 Avril 1925) (voir aussi à propos de la liberté de la commission à l'égard de ces tableaux, Buhler 25 Juillet 1924) ; ou bien encore parce que la commission médicale comprenant moins de trois médecins, a procédé irrégulièrement (Dautel 26 Décembre 1928).

La décision de la commission possède même quelque chose de l'autorité de la chose jugée. Le Conseil d'Etat a annulé une décision prise à la suite d'un nouvel examen médical imposé au requérant, alors que l'Administration ne prouvait pas que le premier examen avait été irrégulier. (Bosc 29 Juillet 1925) Et le ministre est obligé de se conformer à l'avis de la commission (Chevallet 1^{er} Avril 1925).

Ainsi malgré l'apparente plénitude de ses pouvoirs, le Conseil d'Etat se restreint ici aussi lui-même à un rôle de Cour de Cassation, provoqué par la répartition des tâches entre le juriste et le technicien.

156. Alors que l'existence de questions techniques déjà examinées par une personne indépendante restreint les inves-

ligations du Conseil d'Etat, l'existence d'un droit individuel important, menacé par des pouvoirs administratifs mal définis, élargit au contraire la mission du juge dans le recours pour excès de pouvoir comme dans le recours de pleine juridiction. Le Conseil d'Etat affirme son pouvoir d'appréciation pour la *dévolution des biens d'associations cultuelles*, avec la même énergie que pour les processions : dans l'un et l'autre cas, il relève toute l'ampleur de sa mission pour mieux la remplir.

Dans ses conclusions sous un arrêt du 9 Décembre 1910, (Eglise Luthérienne de Lyon), M. CHARDENET parle de « ce pouvoir d'appréciation auquel le législateur s'est entièrement confié lorsque dans l'art. 8 de la loi du 9 Décembre 1905, il vous a chargé de trancher, en tenant compte de toutes les circonstances de fait, les difficultés auxquelles pourrait donner lieu l'attribution des biens possédés par les établissements publics du culte qui étaient supprimés, pouvoir d'appréciation assurément fort large, les termes mêmes de l'art. 8 que nous venons de citer, l'indiquent très nettement. »

Et il ajoute : « Quel est le caractère de ce recours ouvert devant vous ? Mais aucun doute n'est possible, ce n'est point un recours pour excès de pouvoir ou pour violation de la loi qui ne pourrait conduire qu'à une annulation de l'acte attaqué (1). C'est un recours de plein contentieux et vous devez prononcer en tenant compte de toutes les circonstances de fait. Vous n'êtes pas appelé seulement à apprécier en droit la validité de l'acte d'attribution, sa régularité, mais vous avez été investi d'attributions qui sont, pourrait-on dire, des *attributions d'Administration active*. Vous pouvez attribuer vous-même les biens, vous pouvez, à raison des circonstances de fait, partager les biens entre plusieurs associations. Vous avez un pouvoir d'appréciation des plus larges, et vous êtes appelé à faire au contentieux un véritable *acte d'Administration*. »

Le Conseil d'Etat, ajoute-t-il, devra tenir compte non seulement de la présence d'un ministre du culte, mais encore de toutes les circonstances de fait : entre deux associations se trouvant en conformité avec les règles générales du culte, il

(1) Cette affirmation se concilie difficilement avec celles de M. ROMIEU, sous l'arrêt Jacquin.

faudra choisir celle qui répond le mieux aux besoins des fidèles par le nombre et la qualité des adhérents. Voir aussi un arrêt du 16 Février 1923 (Association presbytérienne de Passy), qui relève le nombre d'adhérents, la conformité au culte, l'importance des innovations permises.

Lorsqu'il s'agit des droits dont la protection vigilante tenait une si grande place dans toute la jurisprudence de l'annulation, le Conseil d'Etat revendique donc ici aussi et exerce lui-même tout le pouvoir dont il est investi régalement, prend conscience du caractère administratif de l'acte qu'il doit accomplir, et tient à l'accomplir lui-même.

Ainsi partout où un autre que lui est techniquement mieux outillé pour entreprendre l'étude qui s'impose, dans des conditions d'objectivité suffisantes, le Conseil d'Etat tend à se limiter à l'examen du droit. Il embrasse, au contraire, toute la question, là où il voit que lui seul peut rendre la justice nécessaire. La distinction traditionnelle du contentieux de pleine juridiction et du contentieux de l'annulation, conserve donc toujours une influence réelle qui souvent oppose entre elles les décisions jurisprudentielles. Mais dans beaucoup de cas, l'opposition est surtout apparente, la logique interne de la jurisprudence, sous le couvert des distinctions de procédure persistantes, fait de plus en plus prédominer partout les mêmes préoccupations d'aménagement satisfaisant de la justice.

157. Au terme de cette étude, nous pouvons poser les règles suivantes qui gouvernent l'examen du fait par le Conseil d'Etat.

I. — Là où l'autorité exécutive a une compétence essentiellement liée, parce que la règle de droit applicable, qu'elle soit d'origine législative, administrative ou même jurisprudentielle, a défini précisément les faits qui entraînent des conséquences juridiques déterminées, — les tribunaux administratifs sont compétents pour examiner ces faits et dire si la décision administrative ne les méconnaît pas ; les tribunaux pourront même éventuellement compléter, en usant de leur pouvoir discrétionnaire, les définitions préexistantes pour supprimer les imprécisions de détail qu'elles peuvent présenter.

II. — Quand l'autorité exécutive est investie d'un vaste pouvoir discrétionnaire, la règle de droit n'ayant pas défini les faits dont dépend la mesure litigieuse, les tribunaux administratifs ne peuvent ni examiner ces faits, ni juger l'usage que l'Administration a fait de son pouvoir discrétionnaire, si ce n'est pour s'assurer que cet usage a été normal, admissible, que l'administrateur a agi en « fonctionnaire convenable ». Les exigences et l'examen du juge, à cet égard, seront plus ou moins stricts suivant les matières.

III. — Quand la règle de droit contient une définition imprécise des faits dont dépend la légitimité de la mesure prise, laisse un pouvoir discrétionnaire pour l'emploi duquel elle ne donne qu'une directive, le Conseil d'Etat refuse ou accepte de contrôler l'usage de ce pouvoir discrétionnaire suivant la qualité de l'intérêt individuel en jeu. On peut dresser la liste des intérêts, des droits individuels (au sens politique de ce mot) qui, à un moment donné, entraînent le contrôle juridictionnel de l'opportunité, bénéficient d'une sorte de privilège de juridiction. Ce sont actuellement le droit de propriété immobilière,

le droit à la liberté religieuse et à la liberté du commerce et de l'industrie.

IV. — Là où l'examen du fait peut être pratiqué par une autorité ou même par des particuliers techniquement mieux placés que le Conseil d'Etat pour y procéder, la Haute Juridiction tend à leur abandonner la connaissance du fait pour se limiter à l'examen du droit. Tantôt elle se borne pratiquement à vérifier la régularité et la sincérité de l'information qui lui est soumise, tantôt elle considère le recours pour excès de pouvoir mentionné par la loi comme étant l'équivalent d'un recours en cassation.

V. — L'application de ces règles est influencée et souvent, même bouleversée, par la forme du recours déposé : Le recours de pleine juridiction implique ainsi toujours, pour le Conseil d'Etat, l'examen des faits quelle que soit l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Le recours pour excès de pouvoir au contraire est considéré comme excluant l'examen du fait dans certains cas, (pratiquement de plus en plus rares), surtout lorsque l'annulation demandée dans la requête aurait pour conséquence implicite, mais directe, la création d'une obligation pécuniaire à la charge de l'Administration.

De toutes ces règles résulte l'existence, en France, d'une Administration des juges, dont nous nous sommes efforcés de délimiter l'étendue considérable. Si l'on a pu dire que la séparation *des pouvoirs* s'était faite, depuis la Révolution, *contre* les tribunaux judiciaires, on peut dire que la répartition du *pouvoir discrétionnaire* s'est faite, depuis un demi-siècle, *en faveur* des tribunaux administratifs.

Ces particularités de notre droit positif posent un certain nombre de problèmes, les uns d'ordre politique (bon aménagement de la juridiction établie — répercussions sociales du système suivi) — les autres d'ordre juridique théorique (contribution du droit positif français à l'analyse juridique de la fonction juridictionnelle). Il nous faut examiner ces problèmes pour conclure.

TROISIÈME PARTIE

LES CONSÉQUENCES
DE L'ADMINISTRATION DES JUGES

CHAPITRE XIII

LES PROBLÈMES POLITIQUES DE L'ADMINISTRATION DES JUGES EN FRANCE

158. L'énoncé des règles que nous nous sommes efforcés de dégager, fait prévoir deux incertitudes dans leur application :

a) L'une est inhérente à la matière considérée : jamais, nous l'avons vu, la compétence n'est parfaitement liée, jamais le pouvoir n'est entièrement discrétionnaire. De la prédominance d'un type à celle de l'autre, la transition est continue, il y a donc des cas intermédiaires où il est difficile de dire si le juge doit être compétent d'après les règles ci-dessus dégagées. La liste des intérêts individuels, des droits subjectifs au sens politique, n'est pas davantage immuable : elle doit pouvoir s'adapter aux réalités sociales nouvelles. On peut en dire autant de la notion du fonctionnaire convenable. Il est de l'essence des croyances sociales qui sont ici en jeu de n'avoir pas la netteté des règles codifiées.

Ces circonstances rendent peut-être difficile la prévision de certains arrêts mais conservent à la fonction juridictionnelle une souplesse, une faculté d'adaptation qui l'emportent sur les inconvénients inséparables.

b) Par contre, l'autre incertitude de la jurisprudence est essentiellement contingente : elle tient à la coexistence et à la contradiction des distinctions de procédure et des distinctions de fond, de la dernière règle posée et des premières.

La persistance d'une distinction formaliste, aussi peu conforme à l'esprit de la jurisprudence administrative est certainement imputable à l'encombrement du Conseil d'Etat ; cet en-

combrement s'explique lui-même par la carence du législateur, qui n'a pas su donner au contentieux administratif l'organisation qui correspond à son étendue et à ses tendances.

Il y a là une cause d'incertitude et même de mauvais fonctionnement de la justice administrative, dont la suppression est aisément concevable : la conscience des investigations de fait pratiquées, du pouvoir discrétionnaire exercé par le Conseil d'Etat conduit au souci d'une organisation technique de ces activités.

159. On a maintes fois indiqué l'intérêt qu'il y aurait à augmenter le personnel du Conseil d'Etat ; une pareille tendance trouve cependant très vite sa limite dans la nécessité de conserver à ce personnel sa valeur et son autorité ; d'autre part, la multiplication des sections ayant chacune un pouvoir propre de jugement, créerait entre elles un risque de divergence qui compromettrait gravement le rôle même du Conseil d'Etat.

La solution du problème doit donc être cherchée moins dans le renforcement de la juridiction suprême que dans l'aide qui peut lui être apportée par des juridictions subordonnées. Il n'était guère possible de faire œuvre utile en ce sens au début du XIX^e siècle. On avait alors presque abandonné l'idée du jugement par les pairs ; on ignorait que la mission du juge exige souvent, pour son accomplissement, une compétence technique particulière, distincte de la science juridique et de la culture générale : On ne pressentait pas la supériorité de l'homme de l'art, pour certaines questions, sur le juriste et l'honnête homme. Pas plus que les raisons techniques, les raisons politiques ne pouvaient motiver l'attribution d'un pouvoir souverain à des juridictions subordonnées : pourquoi enlever au citoyen la garantie d'un appel, au monarque la possibilité de réprimer un abus ?

Les juridictions inférieures devaient donc relever du Conseil d'Etat par la voie de l'appel, offrir plutôt une commodité pour les parties qu'une aide véritable pour le tribunal suprême. Des faits bien connus ont d'ailleurs, pendant tout le XIX^e siècle, accentué la différence existant, quant au recrutement, entre le personnel des conseils de préfecture et celui du Con-

seil d'Etat — et partant l'impossibilité pour le premier de suppléer le second.

a) Aujourd'hui la distinction du fait et du droit peut très souvent trouver un fondement dans la nécessité de connaissances techniques spéciales pour l'appréciation du fait. Le jugement par les pairs (ou tout au moins par un tribunal comprenant notamment des pairs du justiciable) apparaît d'autre part comme une garantie d'impartialité et d'exacte information. L'expérience de ce système là où elle a été faite, a donné des résultats satisfaisants : dans l'ensemble il contribue plutôt à faire accepter des décisions auxquelles le justiciable d'aujourd'hui, électeur de la veille, a davantage l'impression d'avoir été partie.

Aussi partout où les connaissances techniques, la confiance et la collaboration d'un groupe social précis (fonctionnaires, mutilés, etc...) le sentiment acquis par expérience personnelle, de la situation sociale d'un justiciable, partout, disons-nous, où ces traits sont de ceux qui contribuent le plus à une bonne justice, la distinction du fait et du droit reparait rajeunie par une signification nouvelle : l'institution d'un tribunal de cassation retrouve une base solide, puisque le juriste contrôle le droit, mais abandonne le fait à ceux qui peuvent le connaître mieux que lui : l'organisation de juridictions où l'élément technique et l'élément corporatif se trouvent représentés, permet ainsi de décharger le Conseil d'Etat.

C'est là un procédé dont le législateur a souvent utilisé lui-même, nous l'avons vu (chap. XI), avec succès : mais dans des cas trop nombreux la jurisprudence a été seule à s'orienter dans cette voie : elle ne pouvait par ses propres forces aller jusqu'au bout. Il faut souhaiter que le législateur l'aide davantage à l'avenir en organisant, partout où il est possible, des juridictions de composition variée, armées chacune pour la solution d'une catégorie déterminée de litiges.

b) Là où le départ du droit et du fait, la formation de tribunaux spéciaux n'ont pas de raison d'être, là où il existe actuellement un tribunal administratif de première instance, en matière d'élections par exemple, il serait utile que la composition de ce tribunal, en le rapprochant davantage du Conseil d'Etat, permette à celui-ci de réduire son contrôle.

On a souvent discuté la question d'un nouveau recrutement des conseils de préfecture (1) : la réforme de 1926 a créé ici des possibilités qui n'ont pas encore été utilisées. Quel que soit le procédé qu'on choisisse parmi les moyens tant de fois exposés pour obtenir une indépendance et une sélection supérieures, le rapprochement des deux juridictions administratives ainsi obtenu, en donnant plus d'autorité aux décisions de la première, diminuerait le nombre des appels et l'étendue du contrôle qu'ils nécessitent. Celui-ci se ramènerait pratiquement à un contrôle des motifs de droit, toutes les fois que les faits seraient simples et auraient été attentivement et clairement étudiés par les services administratifs, comme en matière de contributions directes.

Si l'on considère la quantité de recours pour lesquelles il serait aisé de simplifier le rôle du Conseil d'Etat par ces deux réformes, on aperçoit l'amélioration qu'elles apporteraient dans tout le fonctionnement de cette juridiction.

L'Administration des juges apparaîtra mieux avec son importance véritable, mais elle serait organisée de façon à pouvoir répondre à la plupart des objections pratiques qu'on lui adresse. C'est, en effet, par la variété de ses formes que la justice peut s'adapter aux litiges.

Pour déterminer l'étendue de l'examen du fait, il n'y aurait plus à tenir compte que de la matière sur laquelle porte le litige et de l'autorité qui en a précédemment connu. Les distinctions de procédure perdraient ici leur importance ; suivant la doctrine des conclusions de M. ROMIEU, sous l'arrêt Jacquin, la forme du recours pour excès de pouvoir ne ferait plus obstacle à l'examen du fait (2).

160. Dans cette organisation rationalisée de la justice administrative, le Conseil d'Etat nous apparaît comme devant conserver un triple rôle.

(1) Voir en dernier lieu ALIBERT p. 333, FONT REAULX, p. 380 et suiv.

(2) En ce qu' concerne le contentieux de pleine juridiction il n'y aurait nullement lieu de restreindre l'étendue actuelle des investigations du juge : celle-ci s'explique, en effet, nous l'avons indiqué, aussi bien par la nature des règles appliquées et des droits engagés, que par la forme du recours,

a) Juge du droit dans toutes les matières, il ne se borne pas à contrôler l'*application* du droit existant, il le *complète* par l'édition de règles jurisprudentielles : toutes les fois que l'usage du pouvoir discrétionnaire juridictionnel peut être uniformisé, abstrait des contingences particulières, le Conseil d'Etat affirme le précédent et lui donne toute sa portée. Il retient, dans le pouvoir discrétionnaire, le contrôle de ce qui a surtout une valeur générale, et n'abandonne aux juges du fond que ce qui a une valeur surtout particulière.

b) Il est définitivement juge du fond pour les matières où il ne peut pas y avoir de juge mieux informé que lui, pour celles où l'Administration active ne saurait être subordonnée qu'à un tribunal suprême : celui-ci peut statuer parce que sa compétence et son autorité en font l'expert, *le technicien des nécessités administratives* ; par contre, pour apprécier les périls et les besoins de l'ordre public, les nécessités de la guerre, les circonstances particulières qui légitiment l'intervention économique des communes, ni l'homme de l'art, ni le délégué élu par ses pairs, ne peuvent intervenir ; aucun conseil de préfecture n'est assez haut placé. Le Conseil d'Etat est donc ici nécessairement juge du fond en premier et dernier ressort.

c) Enfin il est aussi juge du fond à titre *transitoire* dans toutes les matières où naît un contentieux qu'il importe de créer, d'étudier, de « dépolir » avant de le fixer législativement : la phase jurisprudentielle peut seule, par l'expérience qu'elle accumule, donner à une matière neuve la maturité sans laquelle l'intervention du législateur risque d'être maladroite.

Qu'il s'agisse d'un type relativement nouveau de difficultés (par exemple du contentieux de l'imprévision), ou d'une matière jadis réservée au pouvoir discrétionnaire et lentement conquise par des tribunaux, sous l'action d'influences diverses (tel est le cas de la répression disciplinaire), le Conseil d'Etat mieux que quiconque peut assurer le transfert d'un pouvoir discrétionnaire à des juges, puis sa répartition entre eux. Codifier d'emblée la matière, donner à un autre juge la connaissance du fond, ce serait souvent pétrifier une évolution à peine commencée, enlever à des règles de droit naissantes l'imprécision dont elles avaient peut être encore besoin quel-

ques temps. Il y a ainsi pour le Conseil d'Etat une *compétence d'attente* au fond, qu'il est sage de respecter (1).

Les tribunaux administratifs français, dans leur diversité qui embrasse jusqu'aux humbles conseils de discipline intercommunaux, apparaissent ainsi comme un réseau très complexe au centre duquel se trouve le Conseil d'Etat : c'est à lui qu'aboutit tout litige — c'est lui qui arbitre les compétences des juridictions — c'est lui qui anime et vivifie leur activité en faisant évoluer les règles de droit qu'elles ont appliquées — c'est lui qui leur ouvre de nouveaux domaines d'activité en rendant juridictionnelles de nouvelles matières. C'est en lui que la justice administrative vit le plus fortement.

Mais pour que l'équilibre qui correspond à cet état de choses et vers lequel tend l'évolution jurisprudentielle, puisse être harmonieusement réalisé, il faut que les moyens de la justice soient adaptés à ses tâches, que toutes les autorités qui concourent à la formation du droit public, aient conscience des mêmes nécessités. L'Etat français doit avoir une politique pour ses juridictions : un plan d'ensemble doit présider à leur organisation, quelque modestes qu'elles soient : la loi et le règlement doivent concourir à l'œuvre jurisprudentielle.

Ainsi s'achèverait la constitution, dans notre droit public, d'un système juridictionnel qui réponde à cette double nécessité d'une démocratie positive moderne : éliminer le plus possible l'arbitraire en donnant à chacun la faculté de défendre sa thèse et de lui trouver un juge impartial, confier la solution de chaque litige à celui qui est le mieux préparé, le plus autorisé pour la donner.

161. Si le nombre et l'importance des interventions juridictionnelles suggèrent leur organisation, et s'il est relative-

(1) La répartition des pouvoirs entre le Conseil d'Etat et les juridictions administratives subordonnées, pose ici un problème analogue à celui de la répartition du pouvoir discrétionnaire entre les administrateurs et les juges en général ; pour ce dernier partage aussi il paraît plus raisonnable (v. p. 60) de ne pas faire intervenir la loi, de laisser au Conseil d'Etat la compétence des compétences, même si la précision des règles applicables doit en souffrir, afin que le droit conserve une plasticité qui lui permette de s'adapter à des évolutions continues, de tenir compte de droits subjectifs et de dangers nouveaux.

ment facile de s'accorder sur un programme de réformes assurant un bon aménagement de la justice administrative, celle-ci soulève encore à côté de ce problème, qui lui est en quelque sorte *intérieur*, le problème *extérieur* de ses relations avec d'autres phénomènes sociaux.

Les auteurs s'accordent à rappeler les considérations politiques qui ont dicté vers 1860, l'extension du recours pour excès de pouvoir, afin de donner à l'Empereur une popularité de justicier. Epoque de grande prospérité, de développement de la fortune privée et d'importants travaux d'intérêt public, l'Empire devait, fidèle à la tradition des despotismes éclairés, donner la prospérité là où il refusait la liberté (v. chap. v).

Depuis une trentaine d'années, les pouvoirs juridictionnels, dont le développement s'était ralenti dans les premières années de la Troisième République, ont connu un nouvel essor bien plus considérable encore que le précédent : dans ses conclusions, sous l'arrêt Bizet de 1867, Aucoc demandait au Conseil d'Etat d'ouvrir une « soupape de sûreté contre les abus possibles de l'Administration » ; si l'un de ses successeurs voulait reprendre aujourd'hui une comparaison voisine, il devrait sans doute dire que l'effort de la jurisprudence, après avoir créé cette soupape, l'a purement et simplement arrachée, en sorte qu'il y a communication constante et non plus exceptionnelle, interpénétration complète entre l'atmosphère de l'Administration et l'atmosphère juridictionnelle. Quelle pensée politique, prenant la place des préoccupations dynastiques, a inspiré cette nouvelle évolution ? Quelles sont la signification et la valeur de l'Administration des juges dans l'organisation *technique* de l'*Etat moderne* d'une part, dans le mouvement politique de la *démocratie française contemporaine*, d'autre part ?

162. Le développement de l'Administration des Juges a suivi celui de l'activité étatique. Le besoin de mettre plus d'ordre dans la vie administrative, de la rendre plus rassurante pour l'individu, n'a acquis toute sa force que quand cette vie administrative est elle-même devenue plus importante. C'est pourquoi, en Allemagne, les pays moyens du Sud (v. p. 88), malgré leurs traditions démocratiques, reconnaissent aux tribunaux administratifs, des pouvoirs moins étendus que ceux dont ils jouissent en Prusse ; dans ce pays plus

grand le développement industriel et l'interventionnisme bismarckien ont donné à l'activité administrative une ampleur, posé au juge des problèmes inconnus à de petits pays paisibles.

La démocratie elle-même n'appelle ainsi l'extension du contrôle juridictionnel que là où l'augmentation des attributions étatiques fait naître des difficultés et des menaces nouvelles.

a) Le recours au Conseil d'Etat permet de faire intervenir dans tout litige une *compétence professionnelle* supérieure, l'expérience des besoins et des intérêts permanents de l'Administration.

C'est là un avantage que la multiplication des autorités élues et la complexité croissante des tâches administratives rendent plus sensible encore. La Haute Juridiction donne comme un avis d'experts, plus indépendants seulement que ceux de l'Administration active. Le rôle du Conseil d'Etat s'accroît ici avec celui des techniciens dans la démocratie moderne. Il accomplit une œuvre de rationalisation.

b) L'intervention de plus en plus fréquente du juge tend aussi (v. p. 43-4) à déplacer l'accent qui, dans l'organisation des pouvoirs publics, était autrefois mis sur la liberté de la puissance publique, et qui est aujourd'hui reporté vers la sécurité de l'administré ; lorsque cette intervention ajoute des règles jurisprudentielles aux règles légales, elle a pour conséquence la *réduction du pouvoir discrétionnaire*. La liberté des autorités publiques est donc juridiquement restreinte par l'Administration des juges comme elle l'est, politiquement, par l'organisation des intérêts privés, par toutes les formes du syndicalisme. Ces phénomènes s'apparentent dans une certaine mesure. Ils expriment la force croissante, dans l'Etat moderne, des corps intermédiaires que la Révolution avait prétendu détruire, ils limitent le dogme de la souveraineté nationale hérité de ROUSSEAU et substituent, suivant la prédiction de SAINT SIMON « l'Administration des choses au Gouvernement des hommes. »

c) Mais la richesse même de la vie sociale moderne qui a suscité l'Administration des juges *limite ce recul* de la liberté devant la règle de droit,

« Le règne exclusif de la loi, disait JHERING (1) équivaut à la renonciation de la société au libre usage de ses mains : elle se livrerait mains liées à la dure nécessité, ferait face sans défense à toutes les situations et les exigences de la vie qui n'ont pas été prévues dans la loi, ou pour lesquelles celle-ci s'avère insuffisante. Il en découle la maxime que la puissance étatique ne doit pas laisser limiter par la loi, plus qu'il n'est indispensable, la possibilité d'une action spontanée. Dans cette direction mieux vaut moins que trop. »

Le Conseil d'Etat s'est rendu compte de ce danger ; sa jurisprudence est autre chose encore qu'un accroissement continu des règles de droit applicables ; parfois, nous l'avons vu, pour respecter un pouvoir discrétionnaire dont il ressent la nécessité, il ne rend que des décisions d'espèce ; la réglementation jurisprudentielle elle-même présente sur la loi proprement dite l'avantage d'une plus grande souplesse : en recherchant (chap. IX et X) les règles tracées par le Conseil d'Etat pour préciser les directives intéressant les libertés individuelles, nous avons toujours retrouvé à côté des « catalogues » élaborés, la réserve de circonstances exceptionnelles, une clause « *rebus sic stantibus* » qui permet la révision des règles posées, si elle est jugée nécessaire ; c'est une loi souple et vivante que celle qui émane de la jurisprudence, et elle permet ainsi de résoudre un autre problème de la vie juridique moderne, celui qui consiste à *concilier la sécurité* et la précision du droit avec sa *mobilité*.

163. Quelles sont, à présent, les préoccupations politiques qui inspirent tous ces usages du pouvoir discrétionnaire, arrêts d'espèces, élaboration ou révision des règles jurisprudentielles ? Quels sont le souci, la tendance propres que le Conseil d'Etat apporte dans l'exercice de la puissance publique ?

Pour répondre à cette question, il suffit de relever les cas où l'intervention du juge est la plus hardie : on connaîtra ainsi les valeurs auxquelles il attache le plus grand prix. ,

Lorsque la loi est une directive, le Conseil d'Etat, nous l'avons vu, tantôt examine le fond du litige, tantôt, au contraire,

(1) *Zweck im Recht*, 4^e Edit. I p. 328.

se récuise, bien que le texte emploie les mêmes mots, suivant la catégorie de faits auxquels ces mots se réfèrent (v. p. 219) et chap. X) ; de même le contrôle du détournement de pouvoir est plus ou moins profond, suivant les questions considérées, encore que la directive d'origine jurisprudentielle soit toujours la même en principe. Ce qui est décisif ici, ce n'est donc pas l'étendue du pouvoir discrétionnaire, mais l'énergie du droit subjectif (au sens politique du mot) qui est invoqué : plus ce droit est fort, plus l'examen du fait est large et les droits individuels les plus forts sont toujours pour le Conseil d'Etat (comp. p. 351 et chap. V p. 128 et 142) ceux qui naissent de la liberté du commerce et de l'industrie, de la propriété privée et de la liberté religieuse, affirmées par la Révolution française.

A la fin du XIX^e siècle, l'étendue de l'*examen du droit* variait avec les matières : le Conseil d'Etat ne réprimait la simple violation de la loi (par opposition au vice de forme ou à l'incompétence) et même, semble-t-il, le détournement de pouvoir (voir ci-dessus p. 140), que là où il existait un « droit acquis ». On s'est aperçu au début du XIX^e siècle que, juridiquement parlant, le droit acquis ne pouvait être autre chose que la conséquence automatique de toute obligation légale à la charge de l'Administration. Il est apparu que la condition supplémentaire réputée nécessaire pour transformer le réflexe d'une obligation légale, en un « droit acquis » ne pouvait être qu'*extra juridique* ; que toute loi engendrait un droit individuel au sens juridique ; qu'il n'y avait donc pas intérêt à faire de ce droit une condition de recevabilité distincte du recours pour excès de pouvoir, cette condition étant toujours réalisée par un recours bien fondé. La répression de toute violation du droit objectif est donc devenue la règle.

Mais l'idée de « super droits » plus profonds que les autres, méritant une protection renforcée, ne s'est pas perdue ; seulement elle diversifie aujourd'hui non plus l'étendue de l'*examen du droit*, mais celle de l'*examen du fait*. S'ils ne produisent plus le même effet, les « droits acquis » sont restés sensiblement les mêmes : au XIX^e siècle, le Conseil d'Etat réprimait le détournement de pouvoir, dans la réglementation des cours de gare ou dans l'octroi des permissions de voirie (liberté du commerce et de l'industrie) et non dans l'avancement des fonc-

tionnaires. Il sanctionnait la violation de la loi pour la délimitation du domaine public, ou la délivrance d'alignement (droit de propriété) et non pour la dissolution d'un conseil municipal; enfin le recours pour abus toujours soumis au principe de la justice retenue assurait la protection de la liberté religieuse.

Depuis l'abandon de l'exigence du droit acquis comme condition de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, n'est-ce pas surtout à propos des mêmes droits subjectifs, au sens politique, que se sont manifestées les hardiesses du Conseil d'Etat ? là où la propriété était menacée par les exigences de la salubrité et de l'esthétique publique, ou par les préjudices matériels qui provoquait une activité administrative accrue, là où la liberté du commerce et de l'industrie se trouvait aux prises avec les nécessités de l'ordre public, l'obligation du repos hebdomadaire et le socialisme municipal, là où la liberté religieuse enfin était méconnue au nom de l'ordre public ? Et si depuis vingt-cinq ans le contrôle de la révocation des fonctionnaires s'est, à son tour, créé et élargi, se *rapprochant* du développement déjà atteint auparavant dans d'autres matières par le contrôle juridictionnel, n'est-ce pas parce que la multiplication des citoyens dont la fonction publique constitue le revenu, invitait à assimiler la sécurité de l'emploi, pour eux, à la liberté économique pour d'autres ?

164. Assumant l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui met en cause les droits individuels, le Conseil d'Etat s'est montré, nous l'avons vu, beaucoup plus respectueux de ces droits que ne l'avait été l'Administration active ; en présence de textes quelque peu contradictoires, il donne le pas à ceux qui consacrent des droits du citoyen sur ceux qui consacrent des droits de l'Etat. La liberté individuelle demeure pour lui la règle ; l'intervention étatique doit rester l'exception.

Affirmation des droits proclamés par la Révolution, défense de tous ceux dont la protection n'avait pas été déjà confiée aux tribunaux judiciaires, réduction des interventions étatiques, ne sont-ce pas là les traits essentiels de la *doctrine libérale* qui apparaît ainsi comme l'inspiratrice de l'Administration des juges ? « Dans une pensée de libéralisme que nous qualifierons volontiers d'intransigeante... », disait M. le Com-

missaire du gouvernement CAHEN SALVADOR dans ses conclusions, sous l'arrêt Gervais (*R. D. P.* 1927, p. 231).

On reconnaît cette pensée dans la jurisprudence du détournement de pouvoir qui s'efforce de cantonner l'activité étatique dans un rôle de police, proscrivant les interventions à fins économiques ou politiques. On retrouve l'affirmation, consciente, tenace, de la doctrine libérale, non plus seulement sous entendue, mais exprimée et défendue, dans les arrêts relatifs au socialisme municipal, matière où la jurisprudence contentieuse se rapproche de l'activité du Conseil d'Etat donneur d'avis, comme pour mieux pouvoir affirmer l'individualisme économique en face d'un étalisme envahissant. Depuis les arrêts rendus sous le Premier Empire, qui annulent la création de banalités pour violation de la loi et peut-être même déjà pour détournement de pouvoir (p. 438) jusqu'aux récents arrêts de 1931 (Chambre Syndicale des Epiciers de Nevers), la tradition du Conseil d'Etat s'assouplit et s'élargit, mais ne se dément pas. Des deux côtés de l'Atlantique, en France comme en Amérique, le pouvoir discrétionnaire du juge défend la conception des droits individuels affirmée à la fin du XVIII^e siècle. On peut dire, en se servant d'une opposition assez couramment employée que l'Administration des juges, si elle méconnaît une doctrine jacobine inspirée de ROUSSEAU, reste fidèle à la doctrine libérale de MONTESQUIEU. Elle adapte et assouplit ce libéralisme mais le fait persister dans la vie administrative accrue de l'Etat moderne.

165. La tendance du juge français, souvent différente de celle de l'Administration active, s'explique sans peine : par sa culture générale il est conscient des traditions de l'Etat français tel que l'a formé la plus individualiste des Révolutions, par son recrutement il échappe, plus que toute autre autorité publique, à l'action du suffrage universel. On a dit de ce dernier qu'il fait voter les impôts par ceux qui ne les paient point ; souvent aussi il fait, dans les communes, délimiter la propriété privée par des prolétaires, la liberté du commerce et de l'industrie par des salariés ; les manifestations culturelles peuvent aussi, au gré des circonstances locales, avoir des athées et parfois des anticléricaux pour juges.

Le Conseil d'Etat offrait aux minorités ainsi menacées un

recours tout désigné, le seul efficace souvent en raison du déclin de la tutelle administrative : préfets et ministres ont été désarmés vis-à-vis des collectivités autonomes, par les lois décentralisatrices, et bien plus encore par des influences politiques traduisant la suprématie croissante du Parlement, l'action organisée du suffrage municipal et des groupements d'intérêts sur le suffrage législatif.

Mais ce n'est pas toujours de gaité de cœur que l'Administration a abdiqué ses pouvoirs, et des fonctionnaires supérieurs, encourageant parfois un recours contre des mesures qu'ils pourraient légalement (mais n'osent pas en fait) annuler. De même souvent, dans leurs observations sur un pourvoi, les ministres ne « peuvent que s'en remettre à l'appréciation de la Haute Assemblée ». L'existence et les pouvoirs de celle-ci constituent un moyen commode pour faire disparaître des mesures populaires mais jugées maladroites ou excessives, pour réaliser un minimum de contrôle, de tutelle sur des collectivités puissantes : l'extension des pouvoirs du juge permet ainsi la solution d'un problème d'équilibre des pouvoirs dans la démocratie moderne. Le Conseil d'Etat est un technicien indépendant du suffrage universel, il peut légalement et politiquement lui résister parfois.

166. Mais jusqu'où va cette possibilité de résistance ? C'est ici qu'apparaît la différence essentielle entre le système français et le système américain célèbre, depuis l'étude de M. EDOUARD LAMBERT, sous le nom de « Gouvernement des Juges » ; la jurisprudence de la Cour Suprême domine aux Etats-Unis le législateur ordinaire — et peut-être même parfois le législateur constituant, puisque la Cour apprécie la valeur des amendements à la constitution par rapport aux principes supérieurs du droit. Dans la défense des principes individualistes, le juge a ainsi nécessairement le dernier mot, les Chambres sont liées par sa conception des droits individuels. Le conflit se résout par la soumission du suffrage universel.

Quelque grande que soit l'attraction exercée par ce système sur la doctrine française, il n'est pas celui de notre droit positif : le Conseil d'Etat, pas plus que les autres tribunaux, ne vérifie la conformité de la loi à la constitution, ni à plus forte raison à la Déclaration des Droits de l'Homme. Le pou-

voir discrétionnaire du juge administratif s'exerce toujours « extra legem », jamais « contra legem ». Si le Conseil d'Etat a le dernier mot contre l'Administration, le législateur a le dernier mot vis-à-vis de tous les autres organes étatiques, y compris les tribunaux. Notre droit positif ne consacre pas le système préconisé par M. HAURIOU « du juge tenant tous les pouvoirs politiques à la gorge ». (*Dr Constit*, p. 240). En cas de conflit, il suffit à la volonté du suffrage universel de s'exprimer sous la forme législative pour s'imposer à tous.

Dans notre système, le rôle du juge vis-à-vis du corps électoral, apparaît au premier abord comme pouvant être triple.

a) Il peut faire appel au suffrage national des actes du suffrage local. Il a fallu ainsi une loi pour désaffecter définitivement une église dont le conseil municipal de la commune intéressée, avait voulu lui-même prescrire la fermeture (voir arrêt Lhuillier, ci-dessus, p. 239). L'intervention du juge est ici un moyen de centralisation. La minorité ne subit la volonté de la majorité que si elle est telle dans toute la France, et non seulement dans une commune.

b) Le Conseil d'Etat peut, par sa jurisprudence, inviter le Parlement à mesurer la gravité de sa décision. Une majorité parlementaire réclame d'un ministère, par l'adoption d'un *ordre du jour* ou d'une *résolution*, une mesure déterminée. Si celle-ci, prise par le ministre, est ensuite annulée par le Conseil d'Etat, le Parlement reste parfaitement libre de l'imposer en lui donnant, cette fois, la forme d'une *loi*.

Mais l'exigence de cette forme, par le juge administratif, aura attiré l'attention de l'opinion, fait connaître au pays et à ses représentants la gravité de la mesure qu'ils vont prendre : c'est pour le Conseil d'Etat l'analogie du pouvoir conféré par l'art. 7 de la loi du 16 Juillet 1875 au Président de la République, qui peut « par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refusée ». A la fin du XIX^e siècle, le Conseil d'Etat a ainsi annulé des mesures approuvées par des ordres du jour parlementaires et qui n'ont pas été reprises par des lois. (Princes Orléans Murat, 20 Mai 1887. Comp. Conflits Marquigny 5 Novembre 1880).

c) Enfin, en présence d'une loi votée par le Parlement et

mettant une obligation à la charge de certains individus, le Conseil d'Etat pourrait leur accorder une compensation pécuniaire. Encore que le *principe* de l'indemnité n'ait pas été admis jusqu'ici par la Haute Juridiction, aucune règle constitutionnelle ou légale ne s'opposerait à ce qu'en présence d'une loi créant des charges pour certains individus, et ne se prononçant pas sur la question de l'indemnité, le Conseil d'Etat accorde une réparation aux individus lésés. Il l'a déjà fait dans des *cas particuliers* pour des concessionnaires (Noiré et Beysac, 10 Janvier 1908) atteints par une mesure législative.

L'idée d'une responsabilité indépendante de toute faute, la dualité des contentieux de l'annulation et de l'indemnité fournissent ici, semble-t-il, un moyen technique très curieux pour concilier les nécessités d'une évolution sociale et le respect des droits individuels acquis : ceux-ci seront sacrifiés en nature mais indemnisés en espèces. Cette possibilité de concilier les valeurs en présence en assignant à chacun un domaine distinct, semble avoir été indiquée par M. le Commissaire du Gouvernement LÉON BLUM dans ses conclusions sous l'arrêt Cie Gle Française des Tramways du 11 Mars 1910.

Tous les citoyens paieraient ainsi par la voie de l'impôt, le prix d'une transformation sociale. L'Administration des juges serait un moyen de répartir suivant les principes d'égalité civile et de juste indemnisation de la doctrine libérale, les charges d'un interventionnisme croissant ; étatismes et individualismes coexisteraient sur des plans différents : en s'inclinant devant la volonté du suffrage universel, le juge peut indemniser certains citoyens de ses conséquences.

Il ne faut cependant pas se dissimuler qu'il y aura toujours des cas où le dédoublement de la question sera impossible : les droits supprimés ne seront pas, par exemple, susceptibles de compensation pécuniaire, parce qu'un préjudice moral aura seul été causé ; ou bien ce préjudice encore que matériel et probable sera trop incertain pour pouvoir être évalué ; sa généralité pourra aussi être un obstacle à sa réparation. Dans ces cas, il semble que toute la question soit résolue par la suprématie du suffrage universel, puisque le juge français s'incline devant la loi même lorsqu'elle lui paraît déraisonnable, même lorsqu'il ne peut en compenser les rigueurs.

167. En réalité la question est plus complexe : très souvent la loi n'aura pu poser qu'une directive, elle laissera à l'autorité exécutive un certain pouvoir discrétionnaire. Le juge, quoiqu'il fasse, statuera alors « *extra legem* » et non « *contra legem* ». Cependant si son état d'esprit est différent de celui d'une majorité parlementaire, si les mêmes préoccupations ne pèsent pas du même poids dans les deux enceintes, les inspirations de la législation primaire et de la réglementation secondaire seront différentes, on aura (sous une forme évidemment très atténuée et beaucoup plus discrète) quelque chose de la situation qui se présenterait si un ministre irresponsable devait exécuter des lois qu'il désapprouve. Du moment où il peut y avoir dans une même matière une liberté du juge et une liberté du législateur, il ne peut plus y avoir entre elles de *conflit juridique*, mais il peut y avoir une *divergence politique* et il serait pratiquement impossible que le Parlement, pour la réprimer, légifère sur chaque point particulier.

Une telle opposition est beaucoup plus invraisemblable en France qu'aux Etats-Unis. Constamment mêlés à l'Administration, collaborant à la rédaction des lois nouvelles, formés dans la pratique des affaires publiques, les membres du Conseil d'Etat ne pouvaient avoir l'individualisme de magistrats instruits seulement par le jugement d'affaires privées. En fait, le libéralisme du Conseil d'Etat ne s'est pas opposé à tout interventionnisme. A la différence de la Cour Suprême américaine qui s'opposait de front aux nouvelles tendances sociales et défendait l'ordre individualiste pur, le Conseil d'Etat a conçu davantage son rôle, comme comportant une action fortement modératrice ; amortir sur un plus grand nombre d'années la charge des nécessités sociales véritables, telle est sa préoccupation : il n'est guère par exemple de prescriptions utiles à la salubrité publique qui soient interdites au maire depuis la loi de 1902, mais elles ne s'appliqueront qu'à la longue aux immeubles nouvellement construits. Tendant surtout à ralentir les transitions pour les rendre moins pénibles, le libéralisme du juge français est naturellement plus souple que celui du magistrat américain.

On ne peut cependant pas dire que tout conflit soit, chez nous, « *a priori* », impossible. La modération elle-même peut, par exemple, être contraire au désir du législateur qui a en-

tendu sacrifier immédiatement les droits acquis aux nécessités présentes. Il n'y a pas « harmonie préétablie » entre les juges et le Parlement, dans un régime où les premiers appartiennent, souvent par leur origine, toujours par leur culture et leur situation, à des classes que le suffrage universel met en minorité ; les magistrats subissent aussi l'influence du droit traditionnel, bien plus fortement que les parlementaires qui représentent les exigences de majorités qui croient souvent que ce droit ne comporte pas suffisamment de bénéfices pour elles. Si l'action de ces facteurs fait naître une divergence dans les attitudes, il est évidemment désirable que cette divergence soit passagère, et comme il est conforme à notre constitution que la volonté persistante du Parlement l'emporte, les deux solutions suivantes sont *logiquement* concevables, les chances de chacune dépendant non seulement de la situation du juge, mais encore de celle de l'Administration active et de ses cadres directeurs (puisque, nous l'avons vu, un certain rapport unit l'extension de la vie administrative et les pouvoirs des tribunaux qui la jugent).

A) Ou bien il existe une Administration assez fortement organisée, pourvue de cadres assez puissants et indépendants, soutenue par un prestige et des influences sociales suffisantes, pour agir sur la formation de l'opinion publique, sur l'orientation du suffrage universel, et pour lui faire adopter la doctrine du Conseil d'Etat, des élites administratives qui remplissent alors un rôle de *tuteur*, de *guide* du suffrage universel ; l'Administration des juges se rapproche pratiquement un peu, dans ce cas, du Gouvernement des juges.

B) Ou bien les élites administratives n'ont plus le choix de leurs doctrines, mais se bornent à prendre conscience des tendances profondes et persistantes du suffrage universel, les tiennent pour le fait acquis, pour la donnée initiale de leur activité. Le rôle du magistrat ou de l'Administration est alors de systématiser ces tendances en les construisant, c'est-à-dire en les combinant, en les prolongeant, en les tempérant mutuellement, et en les rendant ainsi viables.

Dans ce cas le juge pourra encore entrer en conflit avec le suffrage universel, pour certaines de ses manifestations isolées, qu'il s'agisse des élus du suffrage local ou même des

élus du suffrage national cédant à un entraînement, à un mouvement éphémère d'opinion. Mais le suffrage universel *imposera vraiment* sa volonté *primitive* s'il la fait persister. Le juge est bien alors le *serviteur* du suffrage universel plus que son conseiller : tout comme l'Administration, il réalise seulement l'adaptation de la volonté populaire à la vie.

Dans le premier cas, l'accord se réalise parce que les juges font prévaloir leur doctrine et leur politique, dans le second cas, parce qu'ils acceptent celles du suffrage universel.

168. Si l'on consulte à présent l'histoire de notre droit positif, on n'y trouve aucune indication nette en faveur de l'une ou l'autre de ces solutions abstraites. La souplesse du Conseil d'Etat et la modération du Parlement ont évité un conflit persistant. On peut toutefois citer, dans le sens de la première solution, la politique religieuse du Conseil d'Etat qui, au lendemain de la loi de séparation, a sans doute devancé l'opinion parlementaire dans la « politique d'apaisement », et apporté aux statuts des cultes des précisions dont le Gouvernement, approuvé par les Chambres, s'est lui-même loué quelques années plus tard. Mais il est certain que dans ce cas, la volonté du Parlement était assez indécise, voire même contradictoire et qu'elle n'a en tout cas pas été persistante.

Pour la question du socialisme municipal, par contre, la faveur des solutions interventionnistes dans l'opinion parlementaire et dans le corps électoral ne s'est assurément pas démentie. L'arrêt du Conseil d'Etat (Ch. Synd. des Epiciers de Nevers v. ci-dessus, p. 289 et suiv.) marque, semble-t-il, une divergence persistante dans les tendances des différentes autorités publiques.

Mais la Haute Juridiction ne présente pas sa jurisprudence comme immuable, elle l'a déjà « atténuée » et se réserve pour l'avenir d'autres possibilités d'évolution. Par ailleurs les critiques libérales provoquent les règlements d'Administration publique de 1934, et y trouvent certains apaisements. Les tendances en présence convergeront ainsi peut être spontanément en fin de compte.

Entre les solutions abstraites que nous avons voulu dégager, la pratique française n'a donc pas eu à choisir : elle a su uti-

liser concurremment les deux procédés : l'absence d'un conflit marqué lui en a laissé la possibilité et c'est sans doute là une supériorité du système français par rapport au *Gouvernement* des juges qui oppose le magistrat et le législateur sur le même plan ; notre droit en leur ménageant des plans différents, permet grâce à des influences réciproques, des solutions transactionnelles. Il réalise un système plus pacifique, moins heurté, que celui de l'Amérique. Il ne repose pas, disions-nous tout à l'heure, sur une impossible *harmonie préétablie* entre le juge et l'électeur, mais il permet le plus souvent d'aboutir par tâtonnements successifs, à un *accord « a posteriori »*, et de consacrer ainsi les évolutions nécessaires dans des conditions adoucies.

Empruntant déjà à MONTESQUIEU son libéralisme et sa conception des corps intermédiaires, l'Administration des juges ne pouvait mentir au principe suivant lequel il suffit à un équilibre de pouvoirs de présenter une certaine complexité, pour éviter des conflits nets entre les éléments qui concourent à cet équilibre.

CHAPITRE XIV

LA NOTION FORMELLE DE JURIDICTION ; SON ROLE DANS L'ENSEMBLE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

169. S'il y a un pouvoir discrétionnaire du juge, l'activité juridictionnelle ne peut se définir comme étant *l'application* du droit existant ; et si l'étendue du contentieux de l'opportunité dépend essentiellement du droit positif, la fonction du juge ne peut davantage se caractériser par son *objet* qui est variable.

Les mêmes questions en effet, ont tour à tour été abandonnées à l'Administration et retenues par le juge, au gré des revirements de jurisprudence. L'intervention du Conseil d'Etat a, aujourd'hui, en matière disciplinaire, une extension qu'elle n'avait pas il y a trente ans. De même le recul de l'acte de gouvernement étend la compétence des tribunaux : cessent-ils à la suite de ces progrès, dans une conception matérielle de la juridiction, d'être des juges parce que la matière dont ils s'occupent est administrative — ou bien au contraire, en refusant de l'examiner plus tôt, manquaient-ils à leur véritable rôle de juges ?

La doctrine, qui penche pour cette dernière solution devra dire que les administrateurs statuant naguère en dernier ressort sur les questions « de nature juridictionnelle » posées par la révocation ou la nomination des fonctionnaires, accomplissaient des actes juridictionnels. Il faudra même aller plus loin : en droit français la règle de la décision préalable fait toujours d'un acte émané de l'Administration, le préalable forcé de l'acte émané du Conseil d'Etat. Toutes les questions que celui-ci se pose ont donc déjà été résolues une première fois

par un administrateur. Si l'on prétend que ces questions ont une *nature* juridictionnelle qui fonde la compétence même du Conseil d'Etat, il faut aussi dire que cette nature des questions posées prête à l'acte de toute autorité qui les résout, un caractère juridictionnel : on ajoutera à la théorie du ministre juge, celle du conseil municipal juge, du gouverneur général juge, etc...

On ne saurait prétendre, pour se soustraire à cette conséquence, que l'auteur d'une décision administrative résout des questions d'opportunité que le juge ignore ensuite lorsque la décision lui est déférée. Cette théorie qui définit l'acte de juridiction par l'application du droit, se heurte, nous l'avons vu, à l'existence d'un contrôle juridictionnel de l'opportunité (si restreint qu'il puisse être) ; le juge fait parfois autre chose qu'appliquer le droit. Inversement l'administrateur résout toujours une question de droit, ne fut-ce que celle de sa compétence. Est-il alors dans le même acte juge pour certaines questions, et administrateur pour d'autres, tandis que le Conseil d'Etat rédige l'un des attendus de son arrêt en qualité de juge, et l'autre en qualité d'administrateur ?

La théorie matérielle qui définit l'acte juridictionnel par l'application du droit est ainsi conduite, dès l'instant que tout acte dépend à la fois du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée (v. p. 37) à dire que l'auteur de tout acte est à la fois administrateur et juge.

On adopte, parfois, il est vrai, une position de repli, pour la conception matérielle ; on soutient que quand un administrateur et un juge ont le même type de pouvoir, ils l'exercent encore dans un état d'esprit différent.

Cette assertion est évidemment insoutenable en ce qui concerne la compétence liée, car là où l'autorité exécutive est obligée, la question de savoir dans quel état d'esprit un agent accomplit son obligation, du moment qu'il l'accomplit, ne peut avoir aucun intérêt pratique : par définition la compétence liée (là où elle est vraiment telle) réduit l'agent au rôle d'automate conscient.

Aussi, est-ce surtout sur l'état d'esprit apporté dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que les auteurs insistent ; nous nous sommes déjà expliqué sur cette prétendue différence de nature du pouvoir discrétionnaire juridictionnel et du pou-

voir discrétionnaire administratif (p. 37 et suiv.) Nous avons dit que de toute façon elle ne pouvait être juridique, car il est contradictoire de chercher une *différence* de nature juridique entre deux pouvoirs qui ont pour trait commun la *négarion* de toute obligation juridique. Au surplus, les différences possibles des deux pouvoirs discrétionnaires sont incertaines, fuyantes. Lorsqu'il comble une lacune du droit, même en créant une règle nouvelle, le juge ne peut que se placer au point de vue du bien commun : et le nier c'est opposer arbitrairement justice et bien commun (1).

Il reste en définitive que les conditions d'exercice de leur fonction, et l'objet le plus fréquent de cette fonction, donnent aux magistrats une tournure d'esprit différente de celle de l'administrateur : mais l'agent nommé et l'agent élu, le civil et le militaire, le haut et le petit fonctionnaire ont des états d'esprit bien plus différents encore, et personne ne songe à opposer la *nature* de leurs activités.

La distinction matérielle de la juridiction et de l'Administration, même lorsqu'elle est présentée sous une forme atténuée, s'avère donc inexacte : les notions auxquelles elle aboutit ne coïncident pas avec les domaines d'activité qu'elles prétendent analyser

« En droit il n'existe pas, au sens matériel, une fonction juridictionnelle distincte, il y a seulement des *formes* juridictionnelles, une voie juridictionnelle, distinctes de la voie, des formes administratives ». (CARRÉ DE MALBERG, I p. 785).

Ce n'est que du jour où l'accent a été mis sur l'élément formel que la doctrine est parvenue à une conception satisfaisante des règlements d'administration publique et que la jurisprudence a admis contre eux le recours pour excès de pouvoir : l'arrêt du 6 Décembre 1907 (Gr. Compagnies) consacre ainsi la prépondérance, en droit positif français, de l'élément formel. C'est aussi par lui que s'explique le régime particulier de l'acte législatif émané du Parlement, comme l'a si fortement établi M. CARRÉ DE MALBERG.

(1) Comme le fait observer VERDROSS (p. 333) l'impératif de l'intérêt public commande d'ailleurs toute l'activité juridictionnelle : chaque fois que deux intérêts privés s'affrontent la loi ne peut choisir entre eux qu'au nom de l'intérêt public.

Si la doctrine admet généralement le caractère formel de la distinction faite entre l'Administration et la législation, elle reste par contre attachée à une distinction matérielle de l'Administration et de la juridiction. Seul M. CARRÉ DE MALBERG (I p. 694 et suiv.) a soutenu, en insistant surtout sur les données du droit privé, qu'ici encore une distinction exclusivement formelle s'imposait.

C'est à sa démonstration, sous l'égide de laquelle se place le présent chapitre, que nous voudrions avoir apporté une contribution empruntée à notre droit administratif. En pratiquant un certain contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, le Conseil d'Etat condamne, nous l'avons vu, le lien qu'on prétend établir entre l'intervention du juge et l'application de la loi.

170. Mais quel est celui des critères formels auquel il convient de s'attacher ? M. CARRÉ DE MALBERG parle « d'organisation et de procédure particulières ». Est-il possible d'arriver à une formule plus précise ?

Le Conseil d'Etat, avons-nous constaté, réduit son examen des faits là où ceux-ci ont déjà été appréciés par une juridiction (autre que le conseil de préfecture). Peut-on dégager des arrêts le critérium auquel le Conseil d'Etat reconnaît la juridiction ?

La persistance des distinctions de procédure, tant dans la rédaction des arrêts que dans celle des lois, la multiplication des cas où la décision de l'administrateur actif intervient après avis conforme d'un organe consultatif, ne permettent pas, (voir ci-dessus p. 301) de trouver dans la jurisprudence des indications parfaitement nettes. Il semble cependant que tous les organes si variés (tribunaux administratifs soumis au recours en cassation proprement dit, conseils de discipline, commissions médicales, etc.), auxquels le Conseil d'Etat abandonne plus ou moins l'examen du fait, présentent deux traits communs (p. 312) : ce sont des autorités « en marge » de l'Administration active, elles entendent les intéressés avant de statuer.

Mais ces indications restent incertaines, nous avons dit pourquoi il faut donc faire appel ici à la déduction plus encore qu'à l'induction pour déterminer le critère formel que

nous cherchons. L'indépendance du magistrat et le droit d'intervention des parties sont-elles les conditions nécessaires et suffisantes de la juridiction ?

A) L'*indépendance* ne peut évidemment pas porter sur l'élément compétence liée du pouvoir, car la liaison par le droit exclut nécessairement toute indépendance : celle du juge ne peut porter que sur l'usage de son pouvoir discrétionnaire. Mais, ici encore, il ne peut s'agir d'une indépendance personnelle de carrière. Pour la réaliser parfaitement, il faudrait non seulement que les magistrats soient inamovibles, mais encore qu'ils décident eux-mêmes de leur nomination et de leur avancement : ce système n'existe pas en France, et on s'accorde cependant à penser que nous avons des juges.

Ils sont tels parce que le magistrat est libre dans l'*exercice* de sa fonction. Aucun autre organe de l'Etat ne peut lui dicter son jugement, lui donner des ordres. Cette indépendance fonctionnelle n'existe ni pour les agents subordonnés du pouvoir exécutif : préfets, chefs de service, généraux, etc... tous soumis à un pouvoir hiérarchique que sanctionne la répression disciplinaire, ni même semble-t-il pour les ministres qui, responsables devant les Chambres aux termes de la constitution, sont liés par tout ordre du jour, et peuvent pour n'importe quel acte de leurs fonctions être obligés de se « soumettre ou de se démettre ». Il en résulte que les actes des ministres et ceux de leurs subordonnés ne peuvent être des actes juridictionnels.

Les magistrats apparaissent au contraire, à la différence des membres du parquet, comme des fonctionnaires dont « la plume n'est jamais serve ». Ils ont le dernier mot dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire (nous avons déjà indiqué que les tribunaux sont les seules autorités irresponsables devant le corps électoral. Cette liberté se retrouve chez le plus humble des juges administratifs : le maire qui normalement peut donner un ordre à son secrétaire de mairie et le révoquer en cas d'inexécution, ne peut imposer un vote au même secrétaire de mairie lorsque celui-ci siège au conseil de discipline intercommunal. Son vote quel qu'il soit, ne peut être une faute.

Mais en ne retenant que le caractère d'indépendance pour caractériser des tribunaux, on devrait considérer comme

des juges le Chef de l'Etat et le Parlement. L'un et l'autre sont, en effet, indépendants puisqu'ils sont au sommet de la hiérarchie des organes étatiques et qu'il n'existe dès lors aucune autorité qui puisse leur donner un ordre (exception faite pour le pouvoir constituant dont le fonctionnement intermittent ne peut se traduire que par l'édiction de règles juridiques).

B) Le Parlement et le Président de la République ne sont cependant pas nécessairement des juges parce qu'il n'y a pour la personne intéressée aucun *droit de collaboration* à l'œuvre législative ou au décret présidentiel. Le droit, pour les intéressés, de collaborer à l'acte étatique, d'imposer leur consultation apparaît, en effet, comme le second caractère de l'acte juridictionnel.

On objecte parfois que ce caractère disparaît dans les jugements par défaut ou par contumace ; mais en réalité, le droit des intéressés à intervenir reste entier, seulement les titulaires de ce droit n'en usent pas, et on conçoit aisément que cette abstention d'un intéressé ne puisse pas suffire à paralyser le cours de la justice, lorsque certaines mesures ne peuvent être prescrites que par un jugement.

Même dans ce cas d'ailleurs, la participation effective de l'intéressé est à tel point essentielle aux actes juridictionnels que le jugement par défaut ou par contumace, demeure un « jugement de seconde zone », un jugement précaire ; il ne conserve une certaine valeur que dans la mesure où l'intéressé persiste à ne pas user de son droit : le condamné purge-t-il la contumace ou fait-il opposition, revendique-t-il son droit de collaboration, le jugement intervenu sans cette collaboration tombe à néant, à moins que le condamné ait déjà auparavant renoncé définitivement à son droit par un acquiescement exprès ou tacite.

L'exemple de ces jugements ne fait donc, en réalité, que confirmer l'importance du droit de collaboration. Celle-ci peut revêtir des formes essentiellement diverses : présentation de mémoires, comparution personnelle, droit d'exiger une expertise etc..., seul le principe et non l'étendue du droit de collaboration est nécessaire.

Cette condition étant réalisée, l'autorité qui bénéficie de l'indépendance fonctionnelle peut être collégiale ou individuelle.

(c'est le cas du juge de paix), spécialisée dans la juridiction ou encore associée à d'autres fonctions étatiques (c'est le cas du Conseil d'Etat) ; elle accomplit toujours un acte juridictionnel, c'est pourquoi le décret rendu par l'Empereur ou le Roi en son Conseil d'Etat était déjà avant 1872 un jugement (voir ci-dessous p. 397).

Ces deux caractéristiques juridiques : indépendance de l'organe saisi dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et droit de collaboration de l'individu intéressé, n'expliquent-elles pas d'ailleurs toutes les différences *politiques* entre l'intervention administrative et l'intervention juridictionnelle pour la solution d'une même question ? L'indépendance limite la puissance parlementaire ou royale, le droit de collaboration renforce la situation de l'individu.

La définition de la fonction juridictionnelle ne rentre dans le cadre de notre étude que dans la mesure où elle se rattache à la question du pouvoir discrétionnaire juridictionnel. Il ne saurait donc être question d'insister davantage sur cette définition elle-même. Nous nous bornerons à montrer brièvement par l'exemple de quelques auteurs que leur analyse de la fonction juridictionnelle dicte leur conception du pouvoir discrétionnaire. Nous indiquerons ensuite la solution que le point de vue formel permet d'apporter à plusieurs des questions traditionnelles de notre droit administratif intéressant les rapports de l'Administration et de la juridiction.

171. C'est à GEORG JELLINEK que revient le mérite d'avoir, le premier, affirmé la nécessité d'une distinction formelle des fonctions, à côté de leur distinction matérielle ; mais la première est restée pour lui sous la dépendance de la seconde, dont elle n'est qu'une conséquence.

« Le caractère de l'activité étatique est donné comme celui de toute action humaine, par son but » (*Gesetz* p. 213). « Les fonctions matérielles résultent du rapport existant entre l'activité de l'Etat et le but de l'Etat », (*E. M.* II, p. 318). La juridiction est l'exécution du droit dont la création constitue la législation. Les activités qui n'ont pour but ni la création ni l'exécution du droit constituent l'Administration, (*System*, p. 339).

« A la séparation des fonctions correspond la division du travail des organes » (*E. M.* II, p. 315). « Il est de l'intérêt d'une

Bonne exécution des fonctions humaines que ce qui est différent intérieurement (par sa nature) le soit aussi extérieurement par la séparation des personnes qui le réalise. Le grand principe de la division du travail témoigne de ses effets bienfaisants dans tous les domaines économiques ou spirituels » (*System* p. 22). « La constatation qui constitue le fondement même de toute juridiction présuppose une procédure déterminée. »

Mais si (*Gesetz* p. 223) « l'activité de l'Etat une en soi, peut bien être démembrée du point de vue de la logique et de la nature des choses, on ne saurait, dans l'organisme étatique, parvenir à une répartition formelle avec une absolue sûreté, suivant ce qui s'apparente par sa nature. » Les compétences des organes formellement différents ne correspondent donc pas complètement aux diverses fonctions matérielles. La juridiction au sens matériel par exemple n'est pas nécessairement la juridiction au sens formel. Et dès lors il y a deux séparations, l'une formelle, l'autre matérielle.

G. JELLINEK oppose aussi, en même temps que les diverses fonctions matérielles, l'activité libre et l'activité juridiquement déterminée. « L'activité libre est celle qui est déterminée, liée par l'intérêt général, mais non par quelques règles spéciales de droit ; l'activité règlementée est celle qui tend à réaliser l'obligation de droit » (p. 327).

Si ces activités caractérisent respectivement, l'une l'Administration et l'autre la juridiction au sens matériel, elles ne coïncident pas avec ces fonctions au sens formel. (*E. M.* p. 332). « Le juge moderne dispose d'un domaine de libre appréciation, délimité par la loi, de même nature au point de vue du contenu que celui que nous avons rencontré dans le domaine administratif. »

D'où vient donc que JELLINEK mentionne le pouvoir discrétionnaire des tribunaux sans l'étudier, qu'il s'en tient à l'exemple particulier de la juridiction gracieuse ? C'est qu'il y voit un reste de confusion, une méconnaissance de la mission normale des tribunaux.

« C'est la connaissance du contenu des fonctions matérielles qui indique la voie à suivre pour décider du problème de savoir ce qu'il convient d'attribuer aux fonctions formelles ce qui est objectivement séparé doit l'être aussi subjectivement.

La séparation de l'Administration et de la justice est constamment en progrès (p. 324), et c'est pourquoi, désireux de réduire la portée de l'exception relevée, JELLINEK écrit finalement (*E. M.* II, p. 335) « un acte juridictionnel ne peut, quelle que soit la part faite à la libre appréciation du juge, revêtir un caractère de fixation purement arbitraire du droit. » Ainsi la notion matérielle de la séparation des fonctions étouffe la notion formelle.

172. Il en est de même pour LABAND. Pourtant reprenant la distinction des deux séparations formelle et matérielle, il insiste davantage sur la première, définit les tribunaux administratifs par l'indépendance à l'égard du Chancelier, lequel n'est pas responsable de leurs actes. « La juridiction est le synonyme de la sphère de compétence des tribunaux ». Dès lors « la décision relative au gref d'inopportunité peut être confiée par le droit positif » à un tribunal (II, p. 540).

La distinction formelle des fonctions semble donc l'emporter cette fois. Mais la distinction matérielle va prendre sa revanche avec la théorie des différents pouvoirs discrétionnaires.

« Pareillement le droit objectif peut donner au juge un pouvoir discrétionnaire très étendu, lui imposer le respect des lois, de l'équité, lui souffler une sentence arbitraire. Mais néanmoins le juge a le devoir de faire valoir, non pas sa volonté propre, mais celle du droit objectif. Il est la « viva vox legis », il ne crée pas la majeure, mais la reçoit comme un don d'une puissance supérieure à lui. Le juge peut se tromper, mais un juge qui est fidèle à son devoir ne peut pas donner, selon son bon plaisir, des solutions différentes pour le même cas, c'est-à-dire remplacer une opération logique, qui est gouvernée par une majeure et une mineure, et par les lois intellectuelles générales écrites dans la nature humaine, par sa propre volonté libre » (II p. 515).

Ces caractéristiques du pouvoir discrétionnaire des juges ne peuvent concerner que la juridiction au sens formel, car la juridiction au sens matériel étant l'application du droit ne peut jamais comporter de pouvoir discrétionnaire. Le juge et l'administrateur peuvent donc, selon LABAND, être saisi de la même question, mais on les reconnaîtra à l'esprit dans lequel ils

l'aborderont (il faut d'ailleurs noter que la thèse de LABAND qui caractérise en somme le pouvoir discrétionnaire du juge par sa sagesse, devrait logiquement caractériser celui de l'administrateur par le bon plaisir et l'absurdité).

A peine ébauchée chez LABAND, la théorie des *deux pouvoirs discrétionnaires* est abondamment développée par STIER SOMLO, qui rappelle la « distinction matérielle de la justice et de l'Administration, sans laquelle, dit-il, la séparation formelle serait inconcevable et n'apparaîtrait plus que comme un privilège personnel inexplicable » (p. 445 et suiv.).

« La différence matérielle entre la justice et l'Administration consiste *uniquement* dans la différence de leurs pouvoirs discrétionnaires, tant dans son fondement juridique que dans sa fonction et son but final » (p. 512). « Le juge ne peut mener une politique législative, sa liberté est une fonction, celle qui consiste à développer la loi, à l'adapter aux sentiments courants. »

Mais après avoir ainsi défini le juge, STIER SOMLO est amené à dire que les tribunaux administratifs sont des autorités administratives et non juridictionnelles ; il leur reconnaît ensuite un pouvoir discrétionnaire de même nature que celui de l'Administration active, qu'ils peuvent dès lors contrôler intégralement.

173. Depuis OTTO MAYER en effet la doctrine allemande, pour éviter certaines difficultés de la notion matérielle de juridiction, en exclue les tribunaux administratifs. Si MAYER maintient toujours une différence matérielle entre l'Administration et la « justice ordinaire » l'une étant plus liée par la loi que l'autre, il n'y a plus selon lui, entre l'Administration active et la justice administrative, qu'une distinction formelle. « Nous appelons matières administratives contentieuses, les rapports juridiques qui devront être réglés dans la forme de la justice administrative. » (I, p. 229). « La caractéristique du tribunal administratif ne peut pas être la matière qui lui est soumise, il faut s'attacher à ce qu'il en fait, à la manière dont cette matière est traitée devant lui. » « Quand la loi appelle les tribunaux administratifs à contrôler ou à faire pour la première fois des actes de libre appréciation avec tout leur con-

tenu, c'est de la justice administrative dans le sens plein et entier de la notion ; l'acte par lequel ces tribunaux statuent est un jugement de la même valeur et vertu qu'au cas où il s'agit d'une pure *décision* (application du droit). C'est là un fait et une vérité éclatante. La doctrine qui s'obstine à nier le fait se voit dans la nécessité d'avoir recours à des subtilités qui sont vraiment pénibles à constater » (I p. 214).

De même qu'il existe différentes sortes de justice avec une ou deux parties, originaire ou subséquente (suivant qu'il y a ou non décision préalable), il pourra y avoir contentieux de pleine juridiction, ou au contraire « contentieux à juridiction restreinte — dans le cas où la loi attribue une affaire à la justice administrative, de manière à ce qu'elle n'en examine qu'un certain côté. » Il y a contentieux restreint lorsque la loi exclut de la compétence du tribunal ce qui touche à la libre appréciation ou encore (p. 249), lorsque les tribunaux apprécient le but poursuivi et non les moyens employés, se demandant seulement si l'acte a été accompli par « un fonctionnaire administratif convenable. » « Si celui-ci dans ces circonstances, pouvait d'une manière plausible, prendre des dispositions semblables, il n'y a pas lieu d'aller plus loin et d'examiner si elles étaient vraiment nécessaires, bonnes et utiles. »

Par le fait même qu'il s'en tient à une notion purement formelle, MAYER arrive ainsi à concevoir très clairement le contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir et même celui de l'opportunité. Mais il n'obtient ce résultat qu'en sacrifiant l'unité de la fonction juridictionnelle. La décision du tribunal administratif n'est, pour lui qu'une variété d'acte administratif, c'est pourquoi elle n'en diffère que par la forme, alors que la véritable justice, la justice civile, diffère de toute l'Administration par des traits matériels et surtout par le but poursuivi.

La justice administrative est donc plus près de l'Administration que de la justice civile. C'est là sans doute une conclusion qui heurte la réalité juridique, et qui provient de l'emploi alternatif de deux critères. Si pour distinguer l'Administration de la justice ordinaire, il faut insister sur l'élément matériel, pourquoi revient-on ensuite à l'élément formel, lorsqu'il s'agit de la justice administrative ? Les résultats auxquels on a abouti pour celle-ci se trouvent ainsi artificiellement restreints.

174. C'est bien plus tard seulement, avec l'école de Vienne, que le point de vue formel l'emportera définitivement ; les tribunaux administratifs pourront alors être classés dans la juridiction et non plus dans l'Administration (MERKL, p. 373).

Si pour M. KELSEN toute la vie de l'Etat n'est que la réalisation du droit, on ne saurait opposer les fonctions qui réalisent le droit à celles qui s'exercent dans ses cadres pour d'autres fins. « Le but d'une activité est indifférent au droit (*Hauptbrot* p. 494).

Dès lors il ne peut y avoir (*Allgem.*) qu'une différence d'organisation technique entre l'Administration et la justice. « La délimitation des matières de justice et d'Administration est plus ou moins affaire d'arbitraire ». Toute la séparation des autorités administratives et juridictionnelles ne peut s'expliquer qu'historiquement ; on a cherché seulement, pour fixer la compétence de ces autorités, quel était, dans chaque cas, l'intérêt dominant « celui du prince ou celui du sujet ». Rien, dans la nature de l'autorité juridictionnelle, ne s'oppose donc à ce qu'elle exerce un pouvoir discrétionnaire.

Aujourd'hui d'ailleurs, selon M. KELSEN, puisque les différences dans la procédure et dans la réglementation légale applicable vont en s'atténuant (*Allgem.* p. 260 et suiv.), la distinction de l'Administration et de la juridiction perd donc sa raison d'être.

Nous nous sommes efforcés de montrer que cette distinction entre la juridiction et l'Administration conservait au contraire son importance politique, et peut être la thèse de M. KELSEN se relie-t-elle ici à la tendance déjà signalée (p. 96) qui minimise l'originalité du pouvoir discrétionnaire. Si vraiment l'activité des organes étatiques n'étaient qu'*exécution* du droit, comme le dit M. KELSEN, la distinction de l'Administration et de la justice perdrait sans doute beaucoup de son intérêt avec les garanties nouvelles de *légalité* offertes aujourd'hui par la première. Mais comme l'activité de ces organes est libre, dans une vaste mesure, la personnalité du bénéficiaire de cette liberté conserve son importance. Telle est d'ailleurs, semble-t-il l'opinion de M. MERKL (ci-dessus p. 95).

Mais quel que soit l'avenir prêté par M. KELSEN à la distinction étudiée, l'analyse purement formelle qu'il en donne, rapprochée de la contribution si importante de son école à la

théorie du pouvoir discrétionnaire, montre que la doctrine n'a pu faire progresser cette théorie qu'après avoir abandonné le critérium matériel de la fonction juridictionnelle.

175. Mais comment les auteurs allemands partisans d'une conception formelle définissent-ils la forme caractéristique de la juridiction ?

A) Pour O. MAYER « la justice administrative se présente comme une forme particulière dans laquelle un acte administratif peut être accompli, avec l'admission des intéressés comme parties » « le droit de partie (p. 226) est un pouvoir sur l'exercice de la puissance publique » « c'est parce qu'il faut que les juges et les parties restent entre eux, parce que le droit des parties serait vain si l'ordre supérieur l'emportait », que l'indépendance des juges est désirable. Mais cette indépendance n'est qu'un élément contingent.

Un exemple nous suffira cependant pour montrer que contrairement à cette thèse le droit de partie ne suffit pas à lui seul à caractériser la justice : depuis 1905, en France, tout fonctionnaire, grâce à la communication du dossier et au droit de présenter ses observations, a le « droit de partie » vis-à-vis de son supérieur lorsqu'il s'agit d'une mesure disciplinaire. Il faudrait donc en conclure que tous les actes de répression disciplinaire, et même tous les octrois ou refus d'autorisation, après requête motivée de l'intéressé, sont des actes juridictionnels. Dans les pays où la loi donne toujours à l'administré intéressé le droit d'être consulté, en Autriche, par exemple depuis la loi de 1925, il n'y aurait même plus aucun acte administratif.

Le droit de partie n'est donc pas suffisant quoi qu'en pense MAYER.

B) M. MERKL voit le critère formel dans la situation du juge, indépendant de toute instruction hiérarchique : « la justice est un complexe d'organes coordonnés », alors que l'Administration est un complexe d'organes subordonnés.

Mais, ayant d'autre part rejeté le critérium tiré des formes de la procédure (p. 380), M. MERKL est lui-même amené à se demander comment l'organe suprême qui « peut donner des instructions mais non en recevoir » peut encore être considéré

comme administratif (p. 42). C'est, répond-il, parce qu'il s'agit d'un phénomène limite : « si on rattachait le chef de l'Administration à la justice, d'autres organes deviendraient à leur tour des organes administratifs suprêmes, donc indépendants, des phénomènes limites qu'il faudrait attribuer à la justice, et on en viendrait ainsi finalement à nier toute Administration. » Il est donc, ajoute-t-il, de l'essence du critérium donné de ne pas embrasser toute l'Administration.

Cette argumentation se heurte à diverses objections. Il est inexact de dire que le phénomène limite se reproduirait : si le Chef de l'Etat est toujours un juge, il n'y a nul besoin d'attribuer cette qualité à d'autres organes : ceux-ci recevraient en effet des ordres d'un organe qui pour n'être pas administratif lui-même, n'en donnerait pas moins cette qualité à ses subordonnés puisqu'ils ne seraient pas indépendants. La séparation de la justice et de l'Administration serait donc définitivement tracée avec la distinction de M. MERKL, mais elle le serait inexactement. Dire, d'autre part, « qu'il est de l'essence du critère proposé pour l'Administration de ne pas embrasser celle-ci tout entière » équivaut à dire qu'il est de son essence d'être inadéquat ou incomplet. C'est pourquoi il y a lieu, à notre sens, de la compléter en le combinant avec le droit de partie.

176. L'examen de la doctrine française montre lui aussi la solidarité qui unit la conception de la juridiction et la théorie du pouvoir discrétionnaire. M. DUGUIT, dont la pensée a inspiré la plupart des auteurs « légalistes » s'est placé « pour employer une terminologie généralement admise, au point de vue matériel » (*Etat*, p. 340) ; « ou bien l'acte législatif, l'acte juridictionnel, l'acte administratif n'ont aucune différence entre eux, ou bien cette différence existant, elle doit subsister quel que soit l'agent qui accomplit l'acte, quelle que soit la forme en laquelle elle se manifeste » (1).

La notion matérielle de juridiction a d'ailleurs varié elle-même chez M. DUGUIT. « Par l'acte juridictionnel le gouvernant constate l'existence d'une situation juridique subjective. Aussi le recours pour excès de pouvoir n'a-t-il que la forme d'un jugement puisqu'il pose une question de droit objectif » (*Etat* p.

(1) Voir aussi (*Traité II* p. 449) la protestation violente de M. DUGUIT contre le critère formel proposé par M. CARRÉ DE MALBERG.

533). Depuis (*Traité II* p. 420) « l'acte juridictionnel est en substance l'acte d'ordre juridique accompli par un agent public, comme conséquence logique de la constatation qu'il a faite qu'il y avait ou non violation du droit objectif ou atteinte à une situation objective, ou à une situation subjective », ce qui permet de reconnaître le caractère contentieux au recours pour excès de pouvoir.

Enfin M. DUGUIT a voulu compléter l'idée de *constatation* par l'idée du *but* de cette constatation (*Traité*) il faudra rechercher « si l'agent public est intervenu ou non pour résoudre une question de droit » ; la délimitation du domaine public est un acte administratif suivant qu'elle résulte d'un décret ou d'un arrêté du conseil de préfecture, parce qu'elle a dans **chacun de ces cas un but différent** (p. 425).

Mais ces buts différents d'une même constatation qu'invoque M. DUGUIT, ce sont pour l'autorité quelle qu'elle soit, les actes à accomplir, et ce qui fait la différence des deux actes considérés ici, c'est précisément le fait que l'arrêté du conseil de préfecture est un **jugement**.

Ainsi, d'une part en admettant que la même opération intellectuelle ne présente pas toujours le même caractère, M. DUGUIT reconnaît l'insuffisance de l'analyse matérielle ; mais d'autre part, en n'analysant pas l'élément formel, il nous enferme dans un cercle vicieux : l'acte est juridictionnel parce qu'il mène à un jugement.

Les mêmes démarches entraînent la même difficulté chez M. JÈZE qui est, lui aussi, parti d'une notion matérielle : « Il faut mettre de côté pour résoudre cette question d'une manière générale tous les éléments formels ; la constatation c'est la mission essentielle du juge, peu importe l'autorité qui fait la constatation, les formes suivies... » (*RDP* 1909 p. 667). Cependant M. JÈZE insiste aujourd'hui beaucoup (*Principes* p. 48) sur un autre élément : *l'autorité de la chose jugée*, ce qui le conduit à admettre que le caractère juridictionnel d'un acte dépend de l'autorité que le droit positif a entendu lui conférer.

Ce nouveau critérium implique, semble-t-il, la reconnaissance du point de vue formel, mais il paraît parfois insuffisant. Il ne nous dit pas quand il y a autorité de la chose jugée : Celle-ci, conférée à un acte, ne signifie pas autre chose qu'une limitation des voies de recours, certaines (comme le recours

en révision) pouvant d'ailleurs rester toujours ouvertes. Mais très souvent le législateur ne fixe pas lui-même l'autorité conférée, les recours possibles, et pour suppléer à son silence, il faut avoir déjà découvert la nature de l'organe dont émane l'acte considéré. Ce n'est *qu'ensuite* qu'on pourra dire si cet acte a l'autorité de la chose jugée. Dans ces cas (1) par conséquent la théorie de M. JÈZE ne peut être d'aucune aide parce qu'elle suppose déjà connues les voies de recours qu'il faut précisément déterminer.

177. Admettant l'existence d'un contrôle juridictionnel de la moralité, M. Hauriou se refuse (*Éléments* p. 8 et suiv. 43 et suiv.), à identifier contentieux et constatation du droit. (Voir aussi *Précis* p. 384 : « Le recours pour excès de pouvoir est contentieux *parce qu'il* est porté devant un juge public, et qu'il aboutit à une décision en forme juridictionnelle ayant l'autorité de la chose jugée »). Ce n'est pas le titre invoqué, mais la manière dont on l'invoque qui est décisive. « Il y a une façon contentieuse de formuler une demande » (*Éléments* p. 45).

Qu'est-ce donc que la forme juridictionnelle ? M. Hauriou n'aborde pas directement la question juridique ainsi posée, mais procède à une étude sociologique de la matière contentieuse, qui se caractérise par les « éléments sociaux » suivants : contestation, acception de l'instance, compétence d'un juge public.

Mais il y a évidemment tous les jours dans la vie privée ou publique, une infinité de différends, de « contestations » qui ne revêtent pas un caractère contentieux. Aussi « une prétention contentieuse est celle pour laquelle l'agent est prêt à risquer son existence, son patrimoine ou son honneur, soit sur une voie de fait, soit sur le coup de dé d'un arbitre. » Il faut retenir « l'intention de guerroyer ou de plaider. »

La première n'est heureusement plus réalisée aujourd'hui chez la plupart des plaideurs. Quant à la seconde, son invocation répond à la question par la question, car qu'est-ce que *plaider*, sinon venir devant ce juge que M. Hauriou aurait dû nous définir ? De même si l'existence d'un « *juge public* » est

(1) Par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer les autorités dont le Conseil d'Etat ne contrôle jamais les appréciations de fait (chap. XI).

la condition nécessaire du contentieux, nous ne savons pas comment reconnaître « un *juge* public ». Au surplus, on peut objecter avec M. CARRÉ DE MALBERG (I p. 598), qu'à bien prendre, la juridiction gracieuse, et surtout la juridiction répressive ne comportent pas nécessairement une contestation. On trouve donc bien chez M. HAURIOU la volonté de mettre en lumière la portée sociale de la juridiction et la situation privilégiée qu'y occupe l'individu, de nombreuses intuitions de la vie sociale sont mises au service de cette volonté, mais il est permis de regretter, une fois de plus, que l'analyse juridique n'ait pas été ici pour M. HAURIOU le préalable d'une analyse sociologique à laquelle elle aurait donné sans doute plus de précision.

Il apparaît en tout cas une fois de plus qu'en France, comme en Allemagne, seuls ceux qui abandonnent la notion matérielle de juridiction, peuvent prendre conscience de la liberté du juge.

178. Ce démenti donné à la conception matérielle par l'existence d'un contrôle juridictionnel de l'opportunité n'est pas le premier qui lui ait été infligé par les faits.

On connaît l'alternative dans laquelle plusieurs auteurs ont voulu, vers 1900, enfermer le Conseil d'Etat statuant sur un recours pour excès de pouvoir : juge *ou* supérieur hiérarchique. La substitution de la justice déléguée à la justice retenue d'une part, le pouvoir d'annulation, la recevabilité des premiers recours invoquant un simple intérêt, et la jurisprudence du détournement de pouvoir d'autre part, font naître comme un malaise intellectuel que ces auteurs voudraient dissiper.

Si depuis 1872 le Conseil d'Etat n'est plus qu'un tribunal ordinaire, comment peut-il détruire un acte administratif et (JACQUELIN p. 240 et suiv.) intervenir là où aucun droit subjectif n'est en cause ? « Avec le détournement de pouvoir (p. 250) éclate encore à un plus haut degré, le caractère hiérarchique du recours pour excès de pouvoir » puisqu'il « n'existe aucun droit acquis à l'individu en présence d'un pouvoir discrétionnaire ».

Mais si le Conseil d'Etat n'est qu'un supérieur hiérarchique, s'il n'est pas un tribunal, quelle est sa valeur politique ?

Sa compétence contentieuse, qui exclut l'intervention des tribunaux judiciaires, seule *juridiction* existant en France, n'implique-t-elle pas une atteinte aux principes fondamentaux de la séparation des pouvoirs ?

De là l'effort persévérant d'une partie de la doctrine pour excuser ce qu'on pourrait appeler « le scandale juridique du recours pour excès de pouvoir » ; ce sont les longues recherches d'ARTUR (p. 305 et suiv.) pour établir que le Conseil d'Etat n'a jamais fait autre chose que sanctionner des droits acquis, pour réduire l'originalité du recours existant en montrant que les quatre ouvertures datent des premières années du XIX^e siècle et qu'elles ont été reconnues par la jurisprudence judiciaire elle-même.

Mais pour aboutir à ces résultats il faut pratiquement élargir la notion de droit acquis jusqu'à lui enlever tout sens propre. C'est ce à quoi arrivent ARTUR (p. 325), lorsqu'il parle « du droit des habitants de Montgard à ce que les dignes qui protègent leurs propriétés (mais n'y rentrent pas) ne soient pas détruites » — et M. BARTHÉLEMY, lorsqu'il identifie à peu près le droit subjectif avec l'intérêt protégé par une voie de recours, faisant dépendre l'existence du droit de celle du recours, ce qui l'amène dans certains cas à parler (p. 24) d'un « droit à l'opportunité ou au but. » La thèse de M. JACQUELIN sur l'originalité du recours pour excès de pouvoir n'est donc finalement pas réfutée, et lorsqu'il s'agit de préconiser pour l'avenir des solutions pratiques, les auteurs sont acculés à l'alternative suivante : mutiler le recours pour excès de pouvoir pour l'expliquer, ou le conserver en lui enlevant toute valeur politique.

a) La première solution est celle des auteurs qui considèrent le recours pour excès de pouvoir comme un recours contentieux et qui veulent distinguer le droit acquis du simple intérêt au respect de la légalité, afin de maintenir ainsi une condition supplémentaire de recevabilité, tout en atténuant sa rigueur. « Le citoyen n'a pas un droit général à la légalité (BARTHÉLEMY p. 128). Il s'en rapproche sans jamais y parvenir (p. 197). LÉON MARIE, tout en maintenant lui aussi l'exigence du droit acquis (RDP 1901 p. 296) ira plus loin encore ; considérant (p. 261) le désaccord qui existe entre la réalité moderne

du recours pour excès de pouvoir et son principe historique, l'impossibilité d'assigner un domaine propre à chacun des deux contentieux, il voudra (p. 519) émonder le recours pour excès de pouvoir de ses « particularités historiques », et notamment de l'effet « erga omnes », afin de le rapprocher du recours contentieux traditionnel.

b) La seconde solution est celle de M. JACQUELIN qui veut transformer le recours pour excès de pouvoir en un recours hiérarchique, confié au Conseil d'Etat organe administratif, et transférer le surplus du contentieux aux tribunaux judiciaires (p. 238 et suiv.). Mais ou bien le premier de ces changements sera fictif ou bien le recours pour lequel M. JACQUELIN nous promet un regain de hardiesse, perdra aussitôt toute sa valeur pratique puisqu'il ne sera plus examiné par une autorité impartiale et indépendante.

c) Faut-il donc vraiment, pour réconcilier les faits, discréditer l'activité du Conseil d'Etat ou la restreindre ? Cette difficulté n'est sans doute pas étrangère à l'apparition de la théorie du *recours objectif*. Si l'on déplace avec M. DUGUIT l'accent traditionnellement mis sur le droit subjectif, pour le poser sur la règle objective, l'existence d'un recours fondé sur le seul intérêt au respect de légalité ne présente plus rien de surprenant.

Mais la notion matérielle traditionnelle de juridiction est toujours si forte que négligeant la possibilité d'explication qu'il a lui-même créée, M. DUGUIT écrit encore en 1901 (*Etat* p. 523) « Le recours pour excès de pouvoir n'a qu'en la forme les caractères d'un recours juridictionnel, il est un cas remarquable de contentieux objectif. » « La décision du Conseil d'Etat n'est donc juridictionnelle qu'en la forme, elle reste l'acte d'un supérieur hiérarchique : la nature d'un acte dépend de ses caractères intrinsèques et non de la structure de l'organe qui l'accomplit » (p. 533).

Par la suite, nous l'avons vu, M. DUGUIT est revenu sur cette thèse, et modifiant la notion matérielle de juridiction, il a changé la qualification du recours pour excès de pouvoir. Celui-ci pourra désormais, sans trop de difficulté, apparaître comme un recours contentieux, jusqu'à ce qu'après 1910 une nouvelle évolution de la jurisprudence vienne reposer aux par-

lisans de la notion matérielle -- sous une autre forme : contrôle juridictionnel *ou* contrôle de l'opportunité -- l'ancienne alternative : recours hiérarchique *ou* recours contentieux, dont la théorie du droit objectif avait, pendant un temps, permis de choisir le premier terme sans sacrifices trop considérables.

179. Si les auteurs que nous venons de citer parlent beaucoup du recours hiérarchique, ils ne le définissent guère, à l'exception de LÉON MARIE qui pour le caractériser déclare qu'il « dépend de la bonne volonté de l'Administration » (p. 275) ; mais cette définition est évidemment inexacte : s'agit-il du fait même de répondre, l'Administration n'a plus guère de liberté depuis 1900 ; s'agit-il du contenu de la réponse, l'application de la loi, quand elle est en cause, ne dépend évidemment pas de la bonne volonté administrative. Aussi pour préciser, dans le silence des auteurs, la nature de ce recours, il faut considérer qu'il aboutit à une manifestation du *pouvoir hiérarchique* : celui qui examine le recours possède un pouvoir égal à celui de l'auteur de l'acte attaqué. C'est la superposition intégrale des deux pouvoirs qui permet de parler d'un supérieur et d'un subordonné. Et dès lors le recours hiérarchique apparaît comme caractérisé par la plénitude des pouvoirs appartenant à l'autorité qui en est saisie : elle n'est pas limitée au « jus dicere », elle peut se substituer à l'autorité critiquée.

Mais qu'y a-t-il dans cette notion qui soit a priori incompatible avec celle du recours contentieux, c'est-à-dire du recours porté devant un juge ? C'est ici qu'intervient, chez tous les auteurs étudiés, la conception matérielle des actes administratifs et juridictionnels.

Pour ARTUR (p. 13), « Juger c'est dire le droit à l'effet d'en assurer le respect quand il y a lieu de le faire, c'est-à-dire quand il est violé ou contesté. » Au contraire « administrer c'est ajouter aux lois qui ne peuvent s'exécuter sans une intervention continue et spontanée de la puissance publique, les actes nécessaires à cette exécution » (p. 19). « Ces deux fonctions correspondent à des missions différentes, ne s'exercent ni dans les mêmes circonstances, ni dans le même but. » Cette différence de fonctions fonde « métaphysiquement » la séparation des pouvoirs. LÉON MARIE insiste, lui aussi, sur la

fonction propre du juge qui est de dire le droit, sur l'esprit particulier dans lequel l'administrateur aborde toute question. C'est, ajoute-t-il, à une décision prise dans cet esprit, c'est-à-dire à un acte d'Administration qu'aboutit le recours hiérarchique.

M. JACQUELIN (p. 19), parle de même de la plénitude des « attributions *naturelles* d'un pouvoir. » « Quels caractères juridiques constituent l'acte de juridiction (p. 191) ? Il faut qu'il y ait violation d'un droit écrit, soit dans la loi, soit dans le contrat. » Par moment, il est vrai, M. JACQUELIN paraît admettre successivement les deux critères, matériel et formel (p. 227). « Le recours pour excès de pouvoir n'est pas nécessairement la sanction d'un droit, la simple lésion d'un intérêt suffit, au contraire, toujours pour le faire naître ; de sa nature par conséquent c'est un recours gracieux et hiérarchique qui, d'après les principes généraux devrait être du ressort de l'Administration active. » Cependant la loi « *transforme* » cette nature du recours pour excès de pouvoir, et elle en fait (p. 236) « un recours contentieux en décidant qu'il est porté devant la juridiction administrative supérieure. »

Mais il est évident qu'entre les deux notions, il faut choisir, car si la « transformation » réussit vraiment, elle n'est plus contraire aux principes. Or M. JACQUELIN donne la préférence à ces derniers, puisqu'il condamne en leur nom toute l'organisation actuelle de notre contentieux administratif et notamment le recours pour excès de pouvoir.

Tous les auteurs ont donc en commun un *jugement de réalité* qu'on pourrait énoncer ainsi : « le recours hiérarchique est nécessairement distinct du recours contentieux, le juge ne peut être un supérieur hiérarchique de l'administrateur. » Il s'y joint un *jugement de valeur* commun lui aussi à tous : « le recours contentieux vaut mieux que le recours hiérarchique. » Mais les auteurs divergent sur le point de savoir si le recours qui existe en droit positif français est, en fait, hiérarchique ou contentieux ; ils le condamnent ou le maintiennent suivant leur réponse, suivant la qualification qu'ils lui donnent, parce qu'ils préférèrent le recours contentieux.

180. En réalité la jurisprudence a justifié simultanément les deux qualifications données au recours pour excès de pou-

voir, celle de M. JACQUELIN et celle de M. ARTUR, comme le philosophe grec qui, pour réunir les inconciliables, prouvait le mouvement en marchant.

a) Si le Conseil d'Etat n'avait vraiment pas eu les pouvoirs d'un supérieur hiérarchique (1), il n'aurait pas pu restreindre aussi souvent la liberté de l'administrateur, tantôt pour lui substituer la sienne, tantôt pour réduire tous les pouvoirs de l'autorité exécutive par la création de règles jurisprudentielles. Dans certaines matières, (imprévision, responsabilité, etc...) il a même été le seul législateur, et dans d'autres, plus hardi encore, il a ouvert un certain pouvoir discrétionnaire là où il ne paraissait en exister aucun (théorie des actes de nécessité). De plus, la limite constamment changeante entre les pouvoirs de l'Administration et ceux du juge n'est pas fixée par un tiers arbitre (v. p. 53). En sorte que le Conseil d'Etat arrêtant lui-même la limite des deux libertés en présence, celle qui est réservée à l'Administration pourrait être considérée comme résultant juridiquement d'une autolimitation du Conseil d'Etat. Il possède ainsi la « compétence des compétences ». C'est elle qui, pour certains, distingue l'Etat souverain de la province simplement autonome. Ne fait-elle pas, de même, ici, du Conseil d'Etat un supérieur hiérarchique en droit, qui s'abstient très souvent, en fait, d'user de ses pouvoirs, mais qui sait parfois les revendiquer expressément par la voie de ses commissaires du Gouvernement les plus éminents (v. par ex. chap. IX).

b) Si l'extension pratique du recours pour excès de pouvoir s'explique ainsi par le fait qu'il a été souvent un recours hiérarchique, peut-on contester qu'il aboutit d'autre part à un acte juridictionnel ? L'arrêt rendu émane d'une autorité indépendante, après consultation des intéressés, et chacun de ces deux traits, qui forment le critère véritable de la juridiction, est pratiquement très perfectionné ; la liberté d'esprit des Con-

(1) Nous faisons ici abstraction du pouvoir de réformation que le Conseil d'Etat n'a pas (du moins en théorie) dans le contentieux de l'annulation : il s'agit seulement pour tous les auteurs de savoir si le Conseil d'Etat a la situation d'un supérieur hiérarchique, au pouvoir de réformation près, cette réserve étant bien moins importante en réalité qu'en apparence (v. p. 25).

seillers d'Etat ne le cède pas à celle des magistrats judiciaires ; la procédure administrative est couramment considérée comme supérieure à la procédure judiciaire.

La pratique condamne donc l'alternative proposée par la plupart des auteurs, recours contentieux ou recours hiérarchiques. LAFERRIÈRE écrivait déjà : « L'autorité qui sera ainsi appelée à contrôler la décision administrative fera à la fois office de juge puisqu'elle tranchera un différend, et office d'administrateur puisqu'elle redressera une erreur ou une illégalité de l'administration », (I p. 12).

Seule une conception matérielle du recours contentieux s'oppose à ce qu'un organe doté, quant au fond, de pouvoirs hiérarchiques, les exerce dans la forme juridictionnelle. Il n'y a, en réalité, pas d'incomptabilité possible entre ces deux attributs qui concernent chacun un aspect différent de la même situation.

Sans doute, en fait, le juge n'a pas le plus souvent ce pouvoir hiérarchique, vis-à-vis des justiciables : le juge judiciaire le détient seulement avec la théorie de l'abus de droit, (notamment avec la loi de 1928 sur la rupture du contrat de travail), qui lui confère un contrôle disciplinaire sur l'activité des citoyens. (Comp. G. MORIN : *La Loi et le Contrat*). Le juge administratif se borne lui aussi très souvent à dire le droit ; entre le pouvoir du juge et celui de l'administrateur, la superposition intégrale n'est que rarement réalisée. Mais elle est toujours juridiquement possible, elle se réalise assez fréquemment : ALIBERT (p. 53). « Le recours pour excès de pouvoir évolue donc non seulement vers la pleine juridiction, mais encore vers un certain partage de la direction administrative. »

181. LÉON MARIE reproche à la théorie du recours hiérarchique d'ériger le Conseil d'Etat, lorsqu'il annule un décret, en supérieur du Chef de l'Etat qui a signé ce décret.

Mais la signature du Président de la République mise au bas d'un décret n'est qu'une formalité qui facilite seulement l'imputation des actes d'un ministre éphémère à la volonté permanente de l'Etat ; elle est l'équivalent de la formule exécutoire qui suit les décisions judiciaires.

Dans la formule exécutoire des arrêts du Conseil d'Etat, telle que l'a rédigée le décret du 21 Août 1872, art. 26, ce

n'est pas le Président de la République, mais « la République (elle-même) qui mande et ordonne. » Cette différence de rédaction s'explique par les raisons politiques pour lesquelles l'Assemblée Nationale évitait à ce moment de désigner un Président de la République. Mais la formule remplit ici son office, l'imputation d'un acte détermine à la puissance publique, plus énergiquement encore que celle qui est apposée au bas d'une sentence judiciaire ou d'un décret.

Si la formule exécutoire avait été rédigée pour le Conseil d'Etat comme elle l'est pour les décisions d'autres autorités publiques, le Président de la République aurait annulé lui-même sa précédente volonté, tout de même qu'à la suite d'un arrêt infirmatif de cour d'appel, il « mande et ordonne à tous » de méconnaître ce qu'il leur avait lui-même mandé et ordonné de faire à la suite du jugement de première instance.

Mais il n'y a aucune impossibilité logique, même d'un point de vue formaliste à ce que la « République » ordonne l'annulation d'un acte du « Président de la République. » Elle amende simplement, après plus ample informé, l'acte de son représentant, comme celui-ci le faisait lui-même dans la procédure judiciaire.

L'objection de LÉON MARIE qui tend à récuser la supériorité de *fait* d'une autorité sur une autre en se fondant sur une raison de formalisme, aboutit ainsi seulement à montrer que cette supériorité est celle de Louis mieux informé sur Louis moins bien informé.

182. La loi de 1872 rétablissant la *justice déléguée* ne saurait davantage impliquer une restriction des pouvoirs du Conseil d'Etat. La doctrine considère généralement que cette loi a profondément modifié le caractère de la décision qui intervient à la suite d'un recours, « l'acte était administratif avant 1872 » aujourd'hui il émane « du Conseil d'Etat statuant à titre juridictionnel » écrit M. CARRÉ DE MALBERG lui-même (p. 807).

Il faut cependant reconnaître que ce changement théorique n'a eu à peu près aucune importance pratique dans le contentieux administratif (1) ainsi qu'on le constate en examinant les

(1) On lui rattache, il est vrai, l'institution du Tribunal des Con-

conséquences qui lui sont parfois prêtées ; si le Conseil d'Etat a peut être vérifié plus strictement, depuis 1872, les conditions de recevabilité qui subsistaient, il en a par contre sans cesse réduit le nombre. La théorie des actes de gouvernement était déjà apparue sous les Bourbon (Laffitte 1^{er} Mai 1828, Saint Leu 5 Décembre 1838) ; elle s'est restreinte sous la Troisième République par l'abandon de la théorie du mobile politique.

Les auteurs sont donc finalement réduits à invoquer 1) pour une réserve plus grande du Conseil d'Etat depuis 1872, l'arrêt Herry de Maupas de 1905 (incompétence du Conseil d'Etat pour annuler les décisions judiciaires concernant les cessions de majorats) dans lequel le souci de symétrie juridique coïncide avec les nécessités de l'évolution sociale 2) pour une liberté réelle du Chef de l'Etat avant 1872, deux projets d'arrêtés dont la signature avait été retardée.

Sommes-nous donc vraiment réduits à voir une réforme essentielle, un changement de nature, là où il n'y a eu manifestement qu'un geste symbolique ? Il n'en est rien, croyons-nous. Si l'on confronte l'organisation de la justice retenue avec le double critère de l'acte juridictionnel ci-dessus proposé, on constate que le décret signé par le monarque émanait d'une autorité indépendante, puisque souveraine, et qu'il était, depuis l'an VIII, pris après consultation des intéressés. Cette consultation était sans doute, à l'origine, mal organisée, et l'autorité saisie, bien qu'indépendante, n'était pas impartiale. Le juge était peut-être mauvais mais il était déjà un juge. Si l'on recherche d'ailleurs les progrès accomplis par la juridiction administrative, on doit reconnaître que la loi de 1872 est infiniment moins importante que d'autres textes.

A) La Révolution, en effet, même lorsqu'elle parvenait à l'idée d'un contentieux administratif, hésitait à l'organiser sérieusement tant quant à la procédure que quant aux garanties d'impartialité du juge. Au nom du comité de la Constituante qui a étudié la question de la juridiction administrative, PEZON déclare : « Le comité veut que les affaires soient jugées sans frais et sur simples mémoires. Les administrateurs sont

flits, mais celui-ci se borne aujourd'hui pratiquement (v. p. 61 et 398) à délimiter le contentieux administratif par rapport au contentieux judiciaire et n'intervient pas *dans* le premier.

sans doute plus aptes que les juges à vider les difficultés sans le dégagement de l'appareil judiciaire » (v. ESMEN). Et lorsqu'en l'an III on veut instituer une juridiction administrative de cassation, DARNOU répond : « Qu'il ne saurait y avoir de pouvoir administratif indépendant du Gouvernement, que le Gouvernement lui-même est la Cour de Cassation en matière administrative ».

L'arrêté du 5 Nivose an VIII, écartant les Conseillers d'Etat co-auteurs d'un acte, de l'examen du recours dirigé contre cet acte, les décrets de 1806 et les ordonnances de 1831 organisant une véritable procédure, apportent donc des innovations autrement considérables que la loi de 1872.

B) Il serait d'ailleurs faux de croire que la conception révolutionnaire disparaît avec cette dernière date. Pour les auteurs de la loi de 1872 l'art. 26 devait permettre de confier à une tierce autorité la délimitation du contentieux administratif et surtout l'*amovibilité* des Conseillers d'Etat devait limiter leur pouvoir. DUCROCQ (II p. 79) parle de la difficulté de leur donner « la garantie de l'inamovibilité sans compromettre l'indépendance de l'Administration active dont les tribunaux sont appelés à juger les actes pour les annuler ou les maintenir. Le Conseil d'Etat inamovible et pourvu d'un pouvoir, s'imposerait aux ministres et pourrait même entraver l'action du Chef de l'Etat. A quoi servirait d'avoir rendu l'Administration active indépendante des corps judiciaires si on la soumettait aux entraves que peuvent créer des corps administratifs inamovibles ? Ils ne tarderaient pas à faire de l'Administration, suivant le mot de VIVIEN, leur subordonnée pour ne pas dire leur vassale. » C'est l'argument donné par BATBIE, dans son rapport à l'Assemblée Nationale, contre la compétence des tribunaux judiciaires. Pour les hommes de 1872 comme pour SERRIGNY (p. 54, 90 et suiv.) par conséquent, l'amovibilité des conseillers était une institution réelle, politiquement efficace.

On sait ce qui en est advenu. De même l'article 26 est resté lettre morte : le Tribunal des Conflits, s'il a été substitué au Conseil d'Etat pour délimiter le contentieux administratif par rapport au contentieux judiciaire, ne délimite nullement le contentieux administratif par rapport à l'Administration active. Il s'est donc produit depuis 1872 un complément de délégation

qui se continue chaque jour dans la mesure où l'Administration accepte et souvent sollicite les hardiesses jurisprudentielles.

C) Avant 1872, encore que « le jugement tout entier des matières contentieuses résida dans la signature du Roi apposée aux projets d'arrêts du Conseil » (CORMENIN I p. 203), le monarque avait pratiquement abdiqué son pouvoir, comme ses ancêtres avaient abandonné au Parlement la justice entre particuliers, obéissant à la tendance naturelle qui transfère le pouvoir de décision à un organe consultatif unique lorsque celui-ci, pour des raisons de recrutement ou de procédure, possède une forte autorité morale. « En fait c'est le Conseil d'Etat qui juge le contentieux » (SERRIGNY I p. 90).

La réforme théorique de 1872, satisfaction de principe donnée aux adversaires libéraux de la juridiction administrative, ne coupe donc pas cette évolution coutumière.

On ne saurait en tout cas chercher dans cette loi une indication relative à la compétence d'une juridiction dont l'organisation seule a été remaniée, puisque le texte parle de recours contentieux et de recours pour excès de pouvoir sans définir leur objet éventuel ainsi que le rappelle LAFERRIÈRE (I p. XVII).

Fidèle à la tradition de sagesse de tous les textes antérieurs, la loi de 1872, si elle précise le bénéficiaire des « délégations » éventuelles, ne dit pas quel sera leur objet ; c'est une des originalités du droit français d'avoir laissé le délégué juge de l'étendue de la délégation.

183. M. CARRÉ DE MALBERG a fait observer (p. 797 et suiv.) que la conception formelle de la juridiction pouvait seule expliquer l'abandon de la théorie du *ministre juge*.

A) C'est en effet la notion matérielle qui, régnant au début du XIX^e siècle, a inspiré la théorie des administrateurs juges. A une époque où le recours pour excès de pouvoir est encore exceptionnel il faut savoir quand un administrateur est juge pour dire quand un recours au Conseil d'Etat est ouvert contre ses actes « Ou bien les préfets statuent sur une matière de pure administration (CORMENIN I p. 167), alors l'acte du préfet qui froisse non des droits acquis mais des intérêts ou des conventions, ne peut être attaqué que devant le ministre que la matière concerne, ou bien ils ont statué sur une matière con-

tentieuse que, par exception, la loi ou le règlement leur attribue, la loi ou le règlement détermine alors l'autorité qui doit connaître en appel les actes des préfets. » SERRIGNY rappelle de même (p. 339 et suiv.) qu'il y a des cas où des droits privés rentrent en conflit avec l'intérêt collectif « les décisions par lesquelles les ministres statuent sur ces réclamations participent donc de la nature du contentieux administratif. »

C'est encore à une notion matérielle que s'attachent AUCOC et DUCROCQ pour défendre la théorie du ministre juge. « L'autorité *quelle qu'elle soit*, fait fonction de juge car elle a pour mission de rechercher s'il y a des droits acquis — c'est du contentieux au premier chef ; celui qui a charge de statuer le premier fait œuvre de juge comme le Conseil d'Etat après lui. C'est en effet la *nature* de la fonction remplie qu'il convient d'interroger pour reconnaître le caractère contentieux ou non d'une décision beaucoup plus que l'autorité elle-même de qui elle émane. » (DUCROCQ p. 174). Idem AUCOC p. 604. De même ARTUR (p. 199 et suiv.) invoque pour rester fidèle à cette théorie, même lorsque la jurisprudence l'a abandonnée, la phrase ci-dessus de DUCROCQ, qu'il approuve (comp. pour la défense de la théorie du ministre juge d'exception, JACQUELIN p. 199).

Le raisonnement de ces auteurs est parfaitement correct étant donné leurs prémisses : comment la décision ministérielle pourrait-elle ne pas être un jugement puisqu'elle tranche exactement la même contestation que celle qui est ensuite soumise au Conseil d'Etat ?

B) En fait ce qui a condamné la théorie du ministre juge c'est l'absence des éléments formels de la juridiction : CORMENIN et SERRIGNY, tout en constatant l'absence de procédure, ne s'en étonnaient point. « Point de formes légales, sacramentelles, cependant leurs décisions ont la force et produisent les effets de jugements rendus par des tribunaux ordinaires. Cela n'est pas étonnant car les administrateurs comme les juges ordinaires participent à l'exécution des lois », disait SERRIGNY. VIVIEN le premier (II, p. 340), écrivait : « Il serait nécessaire que toutes les formes à suivre devant les ministres fussent tracées avec précision, les détails fixés, les moyens de recours indiqués, en un mot que devant une juridiction si exceptionnelle les citoyens fussent à l'abri des embûches, il y va de

leurs droits, de leurs intérêts les plus précieux, non moins que de l'honneur même de l'Administration ».

Mais dès lors l'alternative suivante s'impose : ou bien il se créera un « droit de partie » avec une procédure correspondante, la responsabilité et la solidarité ministérielles seront exclues pour certains actes qui deviendront vraiment des actes de juridiction, ou bien on reconnaîtra que les ministres ne sont jamais des juges.

AUCOC (I p. 627) et DUCROCQ (II p. 240 et suiv.) s'efforcent de montrer que le décret de 1864 a créé cette procédure : mais reconnaissant ainsi l'importance de l'élément formel, ils condamnent étant donné l'état du droit positif, la théorie qu'ils veulent soutenir.

184. La même persistance du point de vue matériel explique encore l'hostilité de beaucoup d'auteurs contre la règle de *décision préalable*. ARTUR (p. 200 et suiv.). Il faut, dit-on, choisir entre l'abandon de la théorie du ministre juge et l'exigence de la décision préalable. Et en effet si la « séparation des fonctions » devait commander la répartition des compétences, il serait illogique que le ministre statue le premier sur une matière juridictionnelle.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a toujours refusé d'admettre cette dernière conséquence de la doctrine matérielle. Son attitude s'explique aisément d'un point de vue formel. Si l'Administration et la juridiction peuvent avoir les mêmes attributions, rien ne s'oppose à ce qu'elles examinent successivement la même question.

Il n'y a là qu'un cas de collaboration entre deux autorités publiques pour le bon fonctionnement des services, collaboration juridiquement très concevable. Politiquement la règle de la décision préalable se justifie aisément, puisqu'elle permet de conserver l'avantage d'un premier examen rapide et gratuit de la réclamation. C'était l'avantage que M. VAVASSEUR DE PRECOURT appelait, dans ses conclusions, sous l'arrêt Bansais (13 Avril 1881) « l'existence d'un juge préparatoire au recours pour excès de pouvoir », avantage sur lequel avaient insisté tous les défenseurs de la théorie du ministre juge, SERRIGNY (II p. 298) VIVIEN (I p. 153) DUCROCQ (II p. 188) et qui, avec la notion matérielle, a fait la force de la théorie classique.

En examinant la jurisprudence actuelle de la décision préalable, on constate que l'abandon de la théorie du ministre juge a comporté deux conséquences pratiques : 1) suppression de certaines voies de recours et notamment de l'opposition contre la décision ministérielle (c'est le résultat le plus direct ; 2) d'autre part, possibilité d'attaquer « *omisso medio* » la décision d'une municipalité ou d'un conseil général sans provoquer celle d'un ministre. Mais en réalité ce dernier résultat s'explique tout aussi bien par une volonté de décentralisation — celle-ci qui inspire en fait les conclusions de M. JAEGERSCMIDT sous l'arrêt Cadot. Et c'est uniquement à ce résultat pratique qu'aboutissent les arrêts Bougard et Ville de Cannes (v. pour toutes ces décisions S. 1892-3-97). La jurisprudence étend, grâce à une analyse juridique plus stricte, le mouvement décentralisateur de la loi de 1884 : plus de tutelle sans texte.

Mais il reste toujours vrai qu'un administrateur quelconque doit examiner en premier lieu, sinon en premier ressort, toute difficulté administrative. Et comme il est interdit à l'administré de demander au Conseil d'Etat plus que ce qu'il a demandé à l'Administration, il y a coïncidence obligatoire des deux réclamations, gracieuse et contentieuse (voir sur la portée de ce principe DUEZ p. 188 et suiv.).

L'effet propre du revirement jurisprudentiel a donc été non pas de restreindre l'intervention administrative, mais de lui donner sa qualification véritable (1). Les tribunaux n'interviennent que dans le cas où la justice apparaît comme insuffisamment réalisée par l'Administration (2). La collaboration de tous à l'œuvre de justice continue aujourd'hui encore.

Elle ne s'achève pas avec la décision préalable mais se poursuit jusque dans la phase juridictionnelle ; le recours

(1) Cette constatation ne diminue évidemment en rien l'intérêt intellectuel qu'il y avait à abandonner une interprétation erronée des faits, ce qui a d'ailleurs permis de préciser le régime des voies de recours.

(2) Ceci est plus net encore dans le contentieux fiscal que dans le contentieux de l'annulation, puisque aucune réclamation n'est transmise au conseil de préfecture, avant que le directeur des contributions directes ne se soit prononcé sur elle ; son avis et celui des autres administrateurs consultés demeurant d'ailleurs en tout cas au dossier.

dirigé contre une décision administrative est communiqué au ministre. On peut dire sans doute de celui-ci qu'il n'est pratiquement, dans ce cas, qu'une partie qui défend sa thèse. Mais juridiquement il est encore autre chose et sa double qualité apparaît notamment lorsque dans le contentieux de pleine juridiction, l'avocat de l'Etat ayant déjà présenté ses conclusions au nom de la partie, le ministre est encore invité à présenter ses observations, nécessairement en une qualité différente ; le caractère *désintéressé* de l'intervention ministérielle apparaît enfin dans toute sa netteté là où l'acte attaqué émane d'une autorité décentralisée ou déconcentrée. C'est vraiment en tant que représentant de l'intérêt public que le ministre intervient pour aider le juge qui fera encore appel à lui souvent par un jugement préparatoire pour un complément d'instruction ou un calcul d'indemnité (v. p. 226 et 345).

185. A cette collaboration apportée par l'Administration à la juridiction, s'en ajoute une autre, plus discrète, mais aussi importante : c'est l'action de la pratique administrative sur la formation professionnelle du juge : la force du Conseil d'Etat est d'être composée d'administrateurs de la veille. LAFERRIÈRE le rappelait déjà (II-559). « Le Conseil d'Etat peut atteindre des infractions plus détournées et même annuler des actes discrétionnaires qui méconnaissent l'esprit de la loi ; il le peut sans causer un trouble dans la répartition des pouvoirs, puisqu'il siège auprès de l'autorité administrative supérieure, tandis que des investigations et des censures de même nature venant d'autorités judiciaires seraient considérées comme empiétant sur le pouvoir exécutif. »

La pluralité des tâches assumées par le Conseil d'Etat, naguère condamnée au nom du principe de la séparation des fonctions, a donc inspiré la hardiesse du juge qui pour pouvoir être à l'occasion un supérieur hiérarchique, devait connaître ses subordonnés éventuels. La solution apportée au problème politique de l'étendue du pouvoir discrétionnaire juridictionnel dépend, en partie (v. p. 44) du recrutement des juges, et c'est ce qui a fondé la grande différence des jurisprudences judiciaire et administrative, pour le détournement de pouvoir, la police municipale, les actes de nécessité ou la théorie de l'imprévision.

Si ces divergences prouvent l'originalité profonde du juge administratif, affirmée par M. JACQUELIN, méritent-elles la condamnation qu'il prononce contre lui ? Ne faut-il pas trouver ici un démenti de plus à la doctrine qui, sous la Révolution, opposait le juge, organe d'exécution du droit naturel, à l'administrateur, incarnation de la souveraineté étatique — doctrine qui aujourd'hui se manifeste, sous une forme atténuée par la théorie des deux pouvoirs discrétionnaires, l'un voué au bien public, l'autre à la justice ?

« Rien n'eût été plus facile au Conseil d'Etat, écrivait LAFERRIÈRE, que de se renfermer dans une stricte application de la loi et de concevoir l'excès de pouvoir à la manière de la Cour de Cassation ; au lieu d'agir ainsi, il s'est constamment appliqué à développer les moyens de recours, à en étendre les applications. En cela il n'a pas seulement servi les intérêts des citoyens, mais aussi ceux d'une *bonne Administration* qui ne saurait se séparer de l'exacte application des lois. » (II p. 560).

Auoc (I p. 458) exprimait déjà cette dernière idée plus concrètement : « Il n'est pas indifférent pour la société d'avoir dans les caisses publiques des sommes plus ou moins considérables qui peuvent être employées à la satisfaction des besoins publics, mais il est d'un bien plus grand intérêt pour elle que la justice soit rendue au citoyen dont le droit a été lésé par un acte de l'autorité administrative. »

L'unité profonde des fins politiques communes à toutes les activités étatiques, unité que nie la théorie des deux pouvoirs discrétionnaires, reparait ainsi sous les formes les plus diverses.

Puisque la justice et le bien public ne peuvent pas être opposés, l'intervention du juge, après celle de l'administrateur, n'apporte pas un point de vue essentiellement et normalement différent, comme l'est celui de tout tribunal par rapport aux préoccupations d'un particulier recherchant habituellement son intérêt personnel ; on comprend donc que la limite des pouvoirs juridictionnels et administratifs ait été plus mouvante, plus indécise que celle des droits individuels. Il ne s'est jamais agi ici de faire coexister des pouvoirs, de les isoler en fixant définitivement leurs domaines respectifs d'après la nature immuable des droits qui les fondaient ; il a fallu sans cesse

rechercher, pour différents organes étatiques, la formule de collaboration qui apparaissait comme politiquement préférable, étant donné les fins assignées à la puissance publique par les influences sociales d'un moment déterminé.

SAINT LOUIS rendant la justice à Vincennes incarne dans la légende populaire, le premier des bons juges : il ne tirait cette qualité ni d'un droit romain encore mal déchiffré, ni de coutumes incertaines. Mais Roi de France il avait la liberté, et ses sujets pouvaient s'avancer jusqu'à son chêne pour se faire entendre. Après avoir été un juge pour son peuple, il conduisait une croisade ou une guerre féodale. Un homme accordait ainsi, en les exerçant tour à tour, les diverses fonctions de l'Etat naissant.

Six siècles se sont attachés à séparer l'épée et la main de justice, afin que leur réunion ne puissent pas menacer la liberté individuelle ; les chefs de l'Etat ne sont plus des juges. Mais par un curieux retour des choses, le même souci de protection individuelle confie souvent aujourd'hui à un tribunal le pouvoir d'agir au-delà du droit. L'inévitable collaboration des autorités étatiques revêt ainsi une nouvelle forme, dont nous voudrions avoir fixé ici un aspect.

Vu, le Président de la thèse,

ACHILLE MESTRE

Vu, le Doyen,

H. BERTHELEMY

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLETY

BIBLIOGRAPHIE

N. B. — 1. Les arrêts du Conseil d'Etat étant tous publiés dans le Recueil Lebon, et groupés par ordre chronologique, nous avons cité les décisions du tribunal administratif en donnant simplement leur date et le nom du requérant, sans autre référence sauf dans le cas où, étant donné la longueur de l'arrêt, il convenait d'indiquer la page du Recueil Lebon à laquelle se trouvait le passage spécialement visé. Les références aux Recueils Dalloz ou Sirey n'ont été données que pour le cas où la reproduction des arrêts du Conseil d'Etat, dans ces publications, se trouvait accompagnée de notes auxquelles nous faisons allusion.

Les conclusions des commissaires du Gouvernement qui ont été citées sans références, à un recueil déterminé sont reproduites par le Recueil Lebon, au-dessous des décisions auxquelles elles se rapportent.

2. Le mode de référence suivant a été adopté pour les auteurs étudiés, dans un but de simplification.

a) Pour les auteurs dont un seul ouvrage a été étudié, on s'est borné à indiquer le nom de l'auteur et la page visée.

b) Pour les auteurs dont plusieurs ouvrages ont été étudiés, on a joint chaque fois aux indications précédentes, l'abrégé du titre de l'ouvrage en question ; cette abréviation est reproduite ci-dessous, en petites capitales, à la suite du titre complet auquel elle correspond.

c) Pour quelques auteurs cités une seule fois au cours de l'ouvrage, à propos de questions indiquées incidemment seulement, le titre du livre ou de l'article a été donné ci-dessus au texte, en même temps que la citation.

PERIODIQUES

- Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Lebon).
Recueil périodique Dalloz (D. P.).
Recueil général des lois et arrêts Sirey (S.).
Revue de Droit Public (R. D. P.).
Revue Générale d'Administration (R. G. A.).
Journal Officiel de la République Française.

OUVRAGES

- ALCINDOR — *Le Statut des Fonctionnaires* (Revue Générale de Droit 1909).
- ALIBERT — *Le Contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris 1926 (cité avec le seul nom de l'auteur).
L'imprévision dans les concessions de services publics, Paris 1924 (cité : IMPR.).
- J. APPLETON — *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Paris 1927.
- ARTUR — *Séparation des Pouvoirs et Séparation des Fonctions*, Paris 1904.
- AUCOC — *Conférences sur l'Administration et le Droit administratif* 3^{me} édition, Paris 1885.
- AUDEMA — *Les Régies municipales en France* (Thèse), Montpellier 1924.
- BARTHELEMY — *Essai sur les Droits subjectifs des administrés*, (Thèse), Paris 1901.
- BERNATZIK — A) *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft*, Vienne 1886, (cité avec le seul nom de l'auteur).
B) *Compte rendu* paru dans *Zeitschrift fur das privat und Offentliches Recht* de Grunhut 1891 p. 149 (cité : GRUNHUT).
- BERTHELEMY — *Traité Elémentaire de Droit administratif* 10^e Edition, Paris 1930.
- BIDAUX — *Servitudes et charges imposées aux riverains des rues de Paris* (Thèse), Paris 1907.
- BONNARD — *Le Pouvoir discrétionnaire des Autorités administratives* (R. D. P. 1924).
- OTTMAR BUHLER — A) *Die subjective offentliche Rechte*, Berlin, Stuttgart 1914 (cité par le seul nom de l'auteur).
B) Article paru, sous le même titre, dans les *Mélanges Fleiner*, Tubingen 1927.

- CARRÉ DE MALBERG — *Contribution à la théorie générale de l'Etat* Paris 1920-1922.
- CHALVON-DEMERSAY — *L'examen du fait par le Conseil d'Etat* (Thèse), Paris 1922.
- CORMENIN — *Droit administratif*, Paris 1840.
- DUCROCQ — *Cours de Droit administratif*, 7^{me} édition, Paris 1897.
- DUEZ — *La responsabilité de la puissance publique*, Paris 1927.
- DUGUIT — *La séparation des pouvoirs et la Constituante* (Revue d'Economie politique 1893 (REV. EC. P.).
 B) *L'Etat*, Paris 1901, 3 (ETAT).
 C) *Traité de Droit Constitutionnel*, 3^e Ed. tome 2, Paris 1928 (TRAITÉ).
- ESMEIN — *La Juridiction administrative et la Constituante* (Publié dans Jahrbuch fur Offentliches Recht 1911).
- ESTÈVE — *L'Art et la Propriété* (Thèse) Paris 1925.
- FLEINER — *Institutionnen des Deutschen Verwaltungsrecht* Tubingen 1928.
- FLINIAUX — *Le Contentieux de l'interprétation* publié dans les MÉLANGES HAURIU, Paris 1929.
- FONT-REAUUX — *Le Contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs* (Thèse), Paris 1930.
- ANDRÉE FOSSIER — *Les Manifestations Cultuelles* (Thèse), Paris 1927.
- FRANÇOIS GÉNY — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e édition, Paris 1929.
- GEORGIN — *La violation de la loi, cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir* (Thèse), Paris 1915.
- GIRAUD — *ETUDE SUR LA NOTION DE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE* (R. G. A. 1924).
- GRACH — *Les limites des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes administratifs* (Thèse) Paris 1912.
- A. GROS — *Survivance de la raison d'Etat* (Thèse) Paris 1932.
- HAURIU — A) *Les Eléments du contentieux* (Recueil de Législation de l'Académie de Toulouse 1905-1907) (ELEMENTS).
 B) *Précis de Droit administratif* Paris 1927 (PRÉCIS).
 C) *Précis de Droit constitutionnel* Paris 1929 (DR.C).
 D) *Police juridique et fond du Droit*. (Revue trimestrielle de droit civil 1926 (REV. TRIM.)
 E) *Notes au Recueil Sirey*.

- HERRNRITT — *Droit Administratif Autrichien* Tubingen 1925.
- JACQUELIN — *Principes dominants du Contentieux administratif* Paris 1899.
- JÈZE — A) *Les Principes généraux du Droit administratif — I La technique juridique* Paris 1922 (PRINCIPES).
B) *Articles parus dans la RDP.*
- GEORG JELLINEK — A) *Gesetz und Verordnung* Fribourg 1887 (GESETZ).
B) *System der subjektive öffentlichem Recht* Fribourg 1892 (SYSTEM).
C) *L'Etat moderne et son droit*, Paris 1911-1913 (E. M.)
- WALTER JELLINEK — *Gesetz Gesetzanwendung und Zweckmassgekeits erwagung* Tubingen 1913.
- KELSEN — A) *Haupt probleme der Staats Rechts Lehre* 1911, 2° Ed. 1923 (HAUPTPROB.)
B) *Allgemeine Staats Lehre* Vienne 1925 (ALLGEM.)
C) *Abrégé* paru dans la R. D. P., Paris 1926.
- LABAND — *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris 1904.
- LACOURTE — *Les garanties des fonctionnaires en cas de révocation* (Thèse) Paris 1911.
- EDOUARD LAFERRIÈRE — *Traité de la Juridiction administrative* Paris 1896 (Cité au texte sans indication de prénom.)
- J. LAFERRIÈRE — *La propriété et le droit de police* (Thèse) Paris 1908 (Cité J. Laferrière).
- EDOUARD LAMBERT — *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris 1921.
- RUDOLF FON LAUN — *Das Freie Ermessen und seine Grenzen* Leipzig Vienne 1910.
- LE FUR — *La protection juridictionnelle des franchises locales* (R. G. A. 1911).
- LÉON MARIE — *L'Avenir du recours pour excès de pouvoir* (RDP 1901).
- G. MARTY — *La distinction du fait et du droit* (devant la Cour de Cassation) (Thèse) Paris 1929.
- O. MAYER — *Droit administratif allemand*, Paris 1906.
- A. MERKL — *Allgemeine Verwaltungslehre* Vienne Berlin 1927.
- MICHOUD — *Etude sur le pouvoir discrétionnaire* (article paru dans les Annales de l'Université de Grenoble 1913-1914, et dans la R. G. A. 1914-1915. Les numéros des pages cités au texte se réfèrent à cette seconde publication).

- MORGAND — *La loi municipale* Paris 1923.
- RABANY — *Guide général des Elections* Paris 1925.
- RÉGLADE — *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir* (RDP 1925).
- Répertoire de droit administratif* BECQUET — Paris 1882-1910.
- REVEL — *L'Extension de la Compétence communale en matière économique* (Thèse), Lille 1928.
- SERRIGNY — *Traité de l'Organisation, de la Compétence et de la Procédure en matière administrative*, Paris 1851.
- STIER-SOMLO — *Das freie Ermessen im Rechtsprechung und Verwaltung* publié dans les *Mélanges Laband* tome 2. Tubingen 1908.
- TEZNER — A) *Zur Lehre des Freies Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Vienne 1886 (ZUR LEHRE).
B) *Même titre*. Article paru dans le *Zeitschrift fur das privat und offentliges Recht de Grunhuts* 1892, réponse à Bernatzik (GRUNHUTS).
C) *Das Détournement de pouvoir und die Deutsche Rechts beschwerde*, article paru dans *Jahrbuch fut Offentliches Recht* 1911 (JAHRBUCH).
D) *Das freiss Ermessen der Verwaltungsbehörde* (F. E.) 1924 Vienne.
- TROTABAS — *La nature juridique du Contentieux fiscal en droit français* — *Mélanges Hauriou*, Paris 1929.
- A. VERDROSS — *Das Problem des freien Ermessens und die Freiheitsbewegung* article paru dans *Osterreichische Zeitschrift fur Offentliches Recht* 1914.
- VIVIEN — *Etudes administratives*, Paris 1859.
- WALINE — *Le Pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le Contrôle juridictionnel* (RDP 1930).
-

Table Alphabétique

des matières auxquelles se rapportent les arrêts cités

Abattoir	261	(V. Conseils de Discipline	
Admission à l'entrepôt..	209	Formalités).	
Adjudication	332	Communes (v. Entrep.	
Affouage	327	comm.)	
Agent militaire.....	154	Communication du dos-	
Alignement	200	sier	198
Allocations	306	Comptables	315
Alsaciens-lorrains	218	Concessions	175-205
Annonces	166	Concessions coloniales...	207
Asiles	264	Concessions (déchéance	
Assistance	305	des)	207
Associations syndicales...		Concessionnaire	182
..... 326-329 (note)		Concours	161-181-197-308
Associations cultuelles ...	349	Congés	153-315
Ateliers insalubres	342	Congés N° 1.....	209
Avancement	153-154	Congrégations	211-220
Bals	264	Conseil de discipline..	160-197
Baccalauréat	308	Conseil municipal....	184-197
Battue	220	Conseil de préfecture....	296
Bénéfices de guerre.....	304	Contraventions	325
Biens ecclésiastiques	185	Cours d'eau.....	183-202
Bouchers	262	Curés (v. aussi presby-	
Boulangers	259-285	tère)	214
Brevet d'invention.....	209	Débts de boissons....	263-281
Bureau de bienfaisance...	151	Débts de tabac.....	166
Bureau de placement, ..	175-328	Décorations	152-209
Canton	151	Délégués mineures.....	215
Certificat de capacité....	332	Déplacements	156-199
Chasse	265-220	Domaine public.....	204-325
Chemins	308	Durée du travail.....	219
Chiens errants	266	Ecoles	151
Cimetière	181-187-203	Ecoles (chauffage).....	215
Circulations sur la voie		Eglises (réparations)....	215
publique	259	Eglises (fermeture)....	238
Clinique	265	Egout	268
Colonies	265	Elections	328
Commissions consultati-		Elevage	265
ves	315	Engagements	184

Emblèmes	250
Emplois réservés	
..... 184-185-306-346	
Enterrements	249
Entreprises communales..	
..... 281 et suiv.	
Etablissements insalubres	
(voir Ateliers insalubres)	
Etablissements de luxe...	304
Examens (et voir con-	
cours)	184-308
Expert	341
Expropriation	228
Formalités	157-196
Frais de maladie.....	315
Gardes particuliers.....	177
Garderies d'enfants.....	265
Grèves	198-324
Guerre	277
Habitations à bon marché	315
Hameaux	151
Honoraires d'experts.....	342
Hygiène	268
Immeubles	268
Impôts	325-341
Importations en franchise	151
Imprévision	343
Indemnités de services...	314
Instituteurs (indemnités)..	213
Instituteurs (adjoints) (v.	
aussi logements)	154
Insignes individuels.....	250
Lait	266
Licenciement	156-178
Logements insalubres..	268-324
Logements d'instituteurs..	213
Lotissements	152-305
Loyers	328
Maires	177-183
Manifestations laïques...	250
Manuels scolaires	236
Marchés de fournitures...	323
Médecin	202-284-348
Ménages de fonctionnai-	
res	154
Mises à la retraite.....	
... 156-168-181-185-199	
Monuments aux Morts....	250
Naturalisation	152-181-185
Neutralité scolaire	235
Nominations ...	154-165-197-202
Noms	208
Notes de services.....	156
Occupation de voirie....	202

Octrois	151
Officiers	153-54-56
Officiers ministériels..	175-328
Organisation services pu-	
blics	151-165
Quêtes	184
Paroisses	151
Passeport	155
Pâtisseries	266-280
Pécule	315
Pensions (loi de 1919) ...	299
Pensions (autres lois)....	298
Permissions de voirie....	
..... 166-171-202-336	
Permutation	154
Perspectives	230
Poissonneries	262-287
Population	208
Pouvoirs de guerre.....	277
Prestations (v. taxes vic-	
inales)	
Prix d'achat.....	152-219
Processions	214
Processions traditionnel-	
les	246
Procédure devant les con-	
seils de discipline....	160-307
Procédure devant les juri-	
dictions proprement di-	
tes	160-301-307
Prostituées	203-264-279
Ravitaillement	328
Reclassement	218
Recensement	208
Reconstitution fonciè-	
re	304-158
Reculément (servitude)...	200
Réforme (commission de)	307
Régiments (Conseils de)..	307
Réintégration	153
Remembrement	305
Réquisitions militaires....	202
Réparations (d'église)....	215
Repos hebdomadaire 221 à	228
Répresseion	325
Responsabilité	327-337-345
Révocation .. 156-159-176-180-182	
Révocation (indemnité)...	
..... 313-319-159	
Rues (noms de).....	152
Secours aux sinistrés....	151
Sectionnement électoral..	205
Services municipaux.....	283
Sites	230

Socialisme municipal....		Tour de services.....	155
..... 281 et suiv.		Traitements	153-165
Sonneries	240	Tramways	151-207
Subventions	219	Travail intermittent	219
Suppression d'emploi.....	198	Travaux publics... 323-332-341	
Taxes locales... 326-330 (note)		Viandes	262
Taxes vicinales	327	Voies publiques	259
Taxations	152-265	Voirie (contraventions)... 325	
Titularisations	154-219	Voitures	259

TABLE DES MATIÈRES

Numéros	Pages
INTRODUCTION	7

PREMIÈRE PARTIE

EXAMEN DU FAIT ET POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

CHAPITRE PREMIER

	LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT ET SA SIGNIFICATION	12
1-2	La distinction du fait et du droit, ses difficultés logiques	12
3-5	Son inspiration historique variable — L'exemple de la Cour de Cassation	15
6	Le fondement de la distinction devant le Conseil d'Etat : le problème du pouvoir discrétionnaire	19
7-8	Les différentes limites aux pouvoirs des tribunaux administratifs	22

CHAPITRE II

	LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DES AUTORITÉS EXÉCUTIVES	29
9-15	La réalité du pouvoir discrétionnaire, son étendue	29
16	Le pouvoir discrétionnaire du juge.....	37
17-18	Son mode d'exercice ; la question des motifs juridictionnels	39

19	Les considérations qui interviennent dans la répartition du pouvoir discrétionnaire.....	44
20	A) Le recrutement des juges.....	45
21-23	B) L'importance du pouvoir discrétionnaire en jeu, la question des directives	47
24-25	C) La notion de droit individuel.....	52
26-27	Les différents types d'Administration : Administration des juges et Administration classique	58
28	De l'autorité compétente pour répartir le pouvoir discrétionnaire	60

CHAPITRE III

	LA DOCTRINE ALLEMANDE.....	64
31-32	Bernatzik	64
33-35	Tezner	68
36-39	Laun	74
40-42	Walter Jellinek	80
43-6	Buhler	85
47	Fleiner	91
48	Kelsen et l'école de Vienne.....	92

CHAPITRE IV

	LA DOCTRINE FRANÇAISE.....	100
55-57	Le problème du pouvoir discrétionnaire chez Michoud	101
58-62	M. Duguit et les adversaires du contrôle de l'opportunité	106
63-65	La reconnaissance d'un contrôle de l'opportunité dans la doctrine contemporaine (MM. Jèze, Le Fur, Alibert).....	111
66-68	M. Hauriou et le « contrôle de la moralité administratif ».....	114

DEUXIÈME PARTIE
LE DROIT POSITIF FRANÇAIS

SECTION I. — Historique 122

CHAPITRE V

	L'EXAMEN DU FAIT PAR LE CONSEIL D'ETAT AU XIX ^e SIÈCLE	122
69-71	La conception générale du contentieux administratif dans la première moitié du XIX ^e siècle	124
72-73	La notion de droit subjectif et les « matières contentieuses »	124
74	Le recours pour excès de pouvoir	131
75-76	Contentieux de pleine juridiction et contentieux de l'annulation ; la doctrine de Laferrière . .	133
77-79	La conception classique du contentieux administratif devant l'évolution sociale du XIX ^e siècle	137
80-83	L'abandon de la condition du droit subjectif et le rapprochement des deux contentieux . . .	142

SECTION II. — L'examen du fait et le fond du litige 147

CHAPITRE VI

	LE PRINCIPE DE L'ATTRIBUTION DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE A L'ADMINISTRATION ACTIVE.	148
84-85	Le principe et ses corollaires	148
86-88	Les cas d'application	150
89-90	Le fondement nouveau de l'incompétence du Conseil d'Etat dans la répression disciplinaire ; les conseils de discipline	157

CHAPITRE VII

	LE CONTRÔLE DU DÉTOURNEMENT DE POUVOIR ET SES DÉRIVÉS	162
--	---	-----

91-92	Les caractères de ce contrôle.....	162
93	Sa généralité.....	165
94-95	La preuve du détournement de pouvoir.....	166
96	L'évolution du contrôle juridictionnel de la répression disciplinaire	176
97-98	L'erreur de fait.....	180
99	Le motif admissible	184
100-101	Le but du contrôle juridictionnel : « un exercice normal du pouvoir discrétionnaire ».....	186
102	Formes et étendues différentes du contrôle juridictionnel	189
103	La directive de « l'Administrateur convenable »	191

CHAPITRE VIII

	LA COMPÉTENCE LIÉE.....	
104-105	Le principe du contrôle juridictionnel intégral : Ses applications	194
106-109	A) L'accomplissement des formalités prescrites...	196
110	B) La réalisation des conditions d'un pouvoir administratif	202
111-112	C) L'influence du contentieux de pleine juridiction	204
113	D) L'accomplissement des obligations administratives	208
114	D) La fermeture des congrégations.....	211
115	E) Les types intermédiaires entre la définition précise et la directive.....	213

CHAPITRE IX

	LES DÉFINITIONS VAGUES, LA LOI DIRECTIVE....	217
	TITRE I. — <i>Les textes spéciaux</i>	217
116	Du cas où l'existence d'une directive n'implique pas le contrôle juridictionnel.....	217
118	Cas de contrôle juridictionnel.....	220
119	A) Repos hebdomadaire	221

120	B) Expropriation pour cause d'utilité publique..	228
121	C) Perspectives artistiques.....	230
122	D) La neutralité religieuse : Les manuels scolaires	235
TITRE II. — <i>La police municipale : la liberté religieuse et le droit de manifestation.....</i>		238
125	Les édifices cultuels : l'église, le clocher.....	238
126	Les manifestations religieuses.....	243
127	Les manifestations laïques	250
128	La notion d'ordre public dans la jurisprudence..	252
TITRE III. — <i>La police municipale : les droits économiques</i>		254
129	La liberté du commerce et de l'industrie, les directives jurisprudentielles	254
130	Examen du « catalogue » des mesures valables dans quelques matières.....	257
131	La propriété bâtie et la salubrité publique.....	267
132-134	La technique jurisprudentielle dans la police municipale	272

CHAPITRE X

	LA DIRECTIVE EXCLUSIVEMENT JURISPRUDENTIELLE	276
135	Les pouvoirs de guerre.....	276
136	Le socialisme municipal.....	280

SECTION III. — La persistance des anciennes distinctions de procédure	203
--	------------

CHAPITRE XI

	RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR ET EXAMEN DU FAIT	294
138-140	La théorie du recours en cassation.....	294
141-143	Les autorités dont le Conseil d'Etat refuse de contrôler les appréciations de faits ; leurs caractères	302

144	La prétendue incompatibilité de l'examen des faits et du recours pour excès de pouvoir..	312
145	Critique des arrêts qui la consacrent : le véritable critère du recours pour excès de pouvoir	316
146-147	Explication pratique de cette jurisprudence : la nécessité d'une collaboration législative à l'œuvre du juge.....	318

CHAPITRE XII

	LE CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION.....	
148	La règle de l'examen intégral du fait ; ses applications	323
149-150	Fondement politique et juridique de cette règle...	329
151	Examen d'un cas particulier : le contentieux de la responsabilité	335
152	L'organisation de l'examen du fait.....	340
153	A) La collaboration du technicien : l'imprévision	343
154	B) La collaboration de l'administrateur : le calcul de l'indemnité dans le contentieux de la responsabilité	345
155	La similitude réelle des règles applicables aux contentieux de pleine juridiction et au contentieux de l'annulation A) Les emplois réservés	346
156	B) Les associations cultuelles.....	348
157	RÉSUMÉ DES RÈGLES CONSACRÉES PAR LE DROIT FRANÇAIS	351

TROISIÈME PARTIE

LES CONSÉQUENCES DE L'ADMINISTRATION DES JUGES

CHAPITRE XIII

LES PROBLÈMES POLITIQUES DE L'ADMINISTRATION DES JUGES EN FRANCE.....	354
---	-----

158-161	Les réformes techniques nécessaires dans la justice administrative : la question des juridictions subordonnées.....	354
162	L'Administration des juges dans l'organisation de l'Etat moderne.....	360
163-165	La politique propre du Conseil d'Etat.....	362
166-168	L'Administration des juges et la démocratie française	366

CHAPITRE XIV

	LA NOTION FORMELLE DE JURIDICTION ; SON RÔLE DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF	373
169	Critique de la notion matérielle.....	373
170	Le critère formel.....	376
171-175	La notion de juridiction dans la doctrine allemande	379
176-177	La notion de juridiction dans la doctrine française	386
178-181	La prétendue alternative : recours hiérarchique du recours contentieux, et la doctrine des années 1900	389
182	Justice déléguée et justice retenue.....	396
183	La théorie du ministre juge.....	399
184	La décision préalable	401
185	L'inévitable collaboration des autorités administratives et juridictionnelles	403
	BIBLIOGRAPHIE	407
	TABLE ALPHABETIQUE DES MATIÈRES AUXQUELLES SE RAPPORTENT LES ARRÊTS CITES.....	413



